

Sygn. akt: KIO 1525/18

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Zuzanna Idżkowska

po rozpoznaniu na rozprawach w dniu 16 i 27 sierpnia 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających wspólnie udzielających zamówienia publicznego – **Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie, Gmina Boguchwała, Gmina Chmielnik, Gmina Czarna, Gmina Czudec, Gmina Głogów Małopolski, Gmina Krasne, Gmina Lubenia, Gmina Łańcut, Gmina Miasto Łańcut, Gmina Miasto Rzeszów, Gmina Świlcza, Gmina Trzebownisko, Gmina Tyczyn**, reprezentowanych przez **Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy HYMON ENERGY sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezasadne uznanie przez zamawiającego, że wyjaśnienia**

wykonawcy **HYMON ENERGY Sp. z o.o.** są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **HYMON ENERGY Sp. z o.o.** z siedzibą w Tarnowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiających wspólnie udzielających zamówienia publicznego – **Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie, Gmina Boguchwała, Gmina Chmielnik, Gmina Czarna, Gmina Czudec, Gmina Głogów Małopolski, Gmina Krasne, Gmina Lubenia, Gmina Łańcut, Gmina Miasto Łańcut, Gmina Miasto Rzeszów, Gmina Świlcza, Gmina Trzebownisko, Gmina Tyczyn, reprezentowanych przez Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę **INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiających wspólnie udzielających zamówienia publicznego – **Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie, Gmina Boguchwała, Gmina Chmielnik, Gmina Czarna, Gmina Czudec, Gmina Głogów Małopolski, Gmina Krasne, Gmina Lubenia, Gmina Łańcut, Gmina Miasto Łańcut, Gmina Miasto Rzeszów, Gmina Świlcza, Gmina Trzebownisko, Gmina Tyczyn, reprezentowanych przez Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), na rzecz **INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie, Gmina Boguchwała z siedzibą w Boguchwale, Gmina Chmielnik z siedzibą w Chmielniku, Gmina Czarna z siedzibą w Czarnej, Gmina Czudec z siedzibą w Czudcu, Gmina Głogów Małopolski z siedzibą w Głogowie Małopolskim, Gmina Krasne z siedzibą w Krasnem, Gmina Lubenia z siedzibą w Lubeni, Gmina Łańcut z siedzibą w Łańcucie, Gmina Miasto Łańcut z siedzibą w Łańcucie, Gmina Miasto Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie, Gmina Świlcza z siedzibą w Świlczy, Gmina Trzebownisko z siedzibą w Trzebownisku, Gmina Tyczyn z siedzibą w Tyczynie, reprezentowani przez Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie prowadzą, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) (dalej „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych dla Mieszkańców ROF w ramach projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF – projekt parasolowy”*, nr referencyjny ZP.1.2018 (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 048-104933.

Dnia 2 sierpnia 2018 roku wykonawca INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty HYMON jako najkorzystniejszej;
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę HYMON, pomimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które można by uznać za wystarczające w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż wyjaśnienia potwierdzają, że oferta wykonawcy HYMON zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca HYMON nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jak i z tego powodu, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wzywał jeszcze dwukrotnie HYMON w sytuacji gdy po pierwsze już pierwsze wyjaśnienia były nieprzekonywające i gołosłowne, po drugie, gdy również drugie wyjaśnienia były nieprzekonywające i gołosłowne, po trzecie, gdy także trzecie wyjaśnienia ceny były nieprzekonywające i gołosłowne;

- 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z HYMON, zamiast odrzucenia oferty HYMON jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 4) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HYMON jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 5) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wykluczenia HYMON z uwagi na złożone wraz ofertą nieprawdziwe informacje podane w ofercie i wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (co obszernie opisano w uzasadnieniu), lecz uprawniony jest do automatycznego przyjmowania za prawdziwe oświadczenia HYMON dot. tak rzekomego spełniania przez ofertę wszystkich wymagań opisanych w SIWZ, jak i informacji pozwalającego na zdobycie dodatkowych punktów, wreszcie informacji pozwalających wykazać realność kalkulacji ceny oferty, pomimo że obiektywne dowody wskazują, że oświadczenia HYMON w tym zakresach nie polega na prawdzie (z uwagi na wielość informacji nieprawdziwych - trzy niezależne podstawy faktyczne - ich szczegóły zostały podane w treści uzasadnienia).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty HYMON jako najkorzystniejszej,
 - 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym wykluczenia wykonawcy HYMON i odrzucenia Jego oferty,
 - 3) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.
- I. Odnośnie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HYMON jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Przywołał treść art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zastosowanie powołanej procedury jest czynnością Zamawiającego, od której w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie można. W niniejszym postępowaniu, z uwagi na lapidarność i gołosłowność wyjaśnień oraz z powodu tego że dodatkowe dokumenty przedstawiano „bez ładu i składu”, wreszcie dlatego że HYMON zmieniał swoje wyjaśnienia, Zamawiający aż trzykrotnie, wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i

przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Podkreślił również, że w świetle okoliczności faktycznych sprawy pierwsze wezwanie HYMON było w pełni uzasadnione, ale jego zdaniem w tym stanie faktycznym gdy HYMON już za pierwszym razem złożył niekompletne i nierzetelne wyjaśnienia, kolejne wezwania już stanowiły nadużycie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego, w celu wyciągania od HYMON podstawowych informacji, które przecież powinny się znaleźć już w pierwszej odpowiedzi. Jako referencyjny, Odwołujący przywołał i częściowo zacytował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, o sygn. akt: KIO 23/18.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca HYMON nie zakwestionował poprzez wniesienie odwołania dokonanego przez Zamawiającego wezwania z dnia 15.05.2018r. (ani żadnych innych), potwierdzając tym samym, że ze względu na wskazaną powyżej okoliczność jego wystosowanie przez Zamawiającego było prawidłowe i w pełni uzasadnione. Zamawiający cały czas korzystał z art. 90 ust. 1 Pzp, a jeśli HYMON uznawał, że tryb ten jest nieuprawniony, winien był skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Powyższe, o cenie Odwołującego ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania i to z dwóch względów. Po pierwsze, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza jednolite orzecznictwo KIO. Wykonawca, składając żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu, co wynika jasno z art. 90 ust. 3 Pzp. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał orzeczenia KIO: z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2242/10, z dnia 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 624/11, oraz z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1363/12.

W odpowiedzi na poszczególne wezwania Zamawiającego, wykonawca HYMON złożył odpowiednio pisma: z dnia 21.05.2018r., z dnia 06.06.2018 r. oraz z dnia 14.06.2018 r., stanowiące wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że wyrokiem KIO 1103/15, że „czynność Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynność złożenia wyjaśnień wraz z dowodami ma charakter czynności jednokrotnej, analogicznie jak możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może bowiem w sposób nieskończony prowadzić niejako negocjacji, poprzez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień. Zamawiający wzywa, a wykonawca wyjaśnia i dowodzi. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca ma obowiązek przekonać Zamawiającego. Tak więc cały arsenał argumentów i dowodów winien być złożony w sposób wystarczający i ostateczny. W przeciwnym razie, Zamawiający odrzuci ofertę” Nie można przy tym pomijać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest

postępowaniem w profesjonalnym obrocie gospodarczym, zatem mamy do czynienia po obu stronach z profesjonalistami, a zatem podmiotami których obowiązuje podwyższony miernik staranności.

Dlatego też wykonawca już za pierwszym razem musi zareagować profesjonalnie, nie powinien liczyć, że Zamawiający będzie dalej z niego „wyciągał” podstawowe dane. Kolejne zwrócenie się do wykonawcy jest przywilejem Zamawiającego, dlatego też już pierwsze wyjaśnienia muszą być jednoznaczne, wyczerpujące rzetelne, konkretne, przekonywujące i udowodnione.

W tych okolicznościach sprawy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę HYMON już po analizie pierwszych wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 21.05.2018 r. Odwołujący podnosi, iż już w tym momencie Zamawiający, mając na uwadze przepisy art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, zobowiązany był do dokonania odrzucenia oferty HYMON na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Wszelkie dalsze czynności wyjaśniające, prowadzone pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą HYMON negocjacje, były zdaniem Odwołującego niedopuszczalne i faworyzujące HYMON, ergo dyskryminowały Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący z daleko idącej ostrożności odniósł się także do wszystkich wezwań Zamawiającego oraz wyjaśnień udzielanych przez HYMON wskazujących, że wykonawca ten zaoferował cenę rażąco niską.

Odnosnie wyjaśnień HYMON z dnia 21.05.2018r., Odwołujący poinformował, iż wykonawca ten dokonuje wycień kosztu pracy, przyjmując że będzie płacił swoim pracownikom wynagrodzenie minimalne. Już tylko to oświadczenie, w ocenie Odwołującego, jest całkowicie niewiarygodne, z wielu powodów (deklarowane 14 zł (przy ustawowym 13,70 zł dla określonych umów cywilnoprawnych) x 168 godzin miesięcznie to HYMON płaci jedynie 50,4 zł więcej niż stawka minimalna).

Po pierwsze, są to prace specjalistyczne, zatem do ich wykonania nie zatrudnia się osób przypadkowych, ale po specjalistycznych przeszkoleniach i praktyce, zdrowych gdyż będą wykonywać pracę na wysokości, na dachach budynków (wyposażeni w odpowiednie zabezpieczenia, pracownicy muszą mieć badania dopuszczające do pracy na wysokościach, wyposażonych w odpowiednią odzież roboczą, co oczywiście podwyższa koszt zatrudnienia osoby). Po drugie, jeśli w super markecie na kasie można zarobić dwukrotność minimalnego wynagrodzenia, to nie jest możliwe, aby osoba podjęła się tak trudnej i odpowiedzialnej pracy, w dodatku w pracy na zewnątrz, a nie w klimatyzowanym pomieszczeniu, za wynagrodzenie minimalne. Wreszcie HYMON, zdaniem Odwołującego, nawet nie próbował udowodnić, iż dysponuje wskazanymi osobami i jeszcze za omawiane wynagrodzenie, a ww. okoliczności, jak i okoliczności przytoczone poniżej, pokazują, że złożone wyjaśnienia ceny są nierzetelne, niewiarygodne i gołosłowne.

Ponadto, HYMON wskazuje, że jego oszczędności wynikają z tego że ma już zakupione mierniki, szlifierki, wkrętarki, systemu montażu itp. Odwołujący podniósł, że nie jest to okoliczność wyróżniająca tego wykonawcę na tle wszystkich innych konkurentów.

Zdaniem Odwołującego, trudno uznać za poważne odwoływanie się do szczegółowej analizy dokumentacji Zamawiającego jako elementu powodującego możliwość obniżenia ceny tylko dla HYMON, gdy wszyscy inni profesjonaliści też mieli do niej taki sam dostęp.

Tak i cała reszta opisu na stronie 3 i 4 pisma z dnia 21.05.2018r. nie ma nic wspólnego z wykazaniem dostępnych tylko HYMON oszczędności. Odwołujący nie miał wątpliwości, że Zamawiający sam dostrzegł nierzetelność, niekompletność, niewiarygodność i gołosłowność ww. wyjaśnień wykonawcy HYMON i ponownie wezwał go do złożenia wyjaśnień dnia 29.05.2018r. Co jeszcze istotne, lapidarność i gołosłowność wyjaśnień z dnia 21.05.2018r. nawet uniemożliwiła Zamawiającemu skonstruowanie bardziej szczegółowych pytań, i ponownie zwrócił się do wykonawcy w sposób najszerszy z możliwych. Zamawiający dostrzegł też, że wyjaśnienia HYMON nie spełniają wymagań przepisu art. 90 ust. 2 Ustawy, zatem już tylko ten fakt powoduje (niezależnie od powyższej uwagi), że ziściły się przesłanki do odrzucenia oferty HYMON. Okoliczność ta jest także samodzielną podstawą do odrzucenia wykonawcy. Zamawiający dostrzegł ponadto, że wyjaśnienia HYMON w zakresie personelu również nie są rzetelne (choć nie dostrzegł, że obecnie na rynku nie można zatrudnić osób za minimalne wynagrodzenie - bo tak należy traktować deklarację o wynagrodzeniu na poziomie 14 zł. za godzinę, tym bardziej osób wykwalifikowanych i przeszkolonych), zatem już tylko ten fakt powoduje, że ziściły się przesłanki do odrzucenia oferty HYMON.

Odwołujący podał, że HYMON ograniczył się w wyjaśnieniach złożonych 21.05.2018 r. do ogólnych stwierdzeń, że jest w stanie wykonać zamówienie z zyskiem, oraz przedstawił tabelę, specyfikując „Nazwy towaru”. Jednakże, pozycja 1 i 2 przedstawia inne produkty niż zaoferował w ofercie (moduły i falownik zupełnie innej firmy i typu niż wskazane w ofercie), co kwalifikuję tę ofertę jako niezgodną z SIWZ i jako naruszającą art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Mimo że wyjaśnienia ewidentnie nie korelują z zakresem zamówienia określonym w pkt. 3 Zakres Zamówienia Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 3 do siwz), gdyż nie ma w nich mowy o uwzględnieniu w kosztach wykonania obowiązków wynikających w pkt. g, j, k, l, m Załącznika nr 3. Ta okoliczność dyskwalifikuje takie wyjaśnienia jako wyjaśnienia profesjonalne, zatem już wówczas Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę, a nie dalej z takim wykonawcą negocjować treść oferty i realność jej ceny.

Odwołujący podał również, że wraz ze złożoną tabelą „Nazwy towaru” HYMON złożył dowody, które jednak ograniczają się tylko do przedstawienia szczytkowych ofert niektórych elementów instalacji fotowoltaicznej, tj.:

- zaofertowany w ofercie falownik HNS3000TL-1-rz w konsekwencji wyjaśnień został zmieniony, gdyż w tabeli wskazany jest inny typ (patrz pkt 1 i 2); jednocześnie HYMON załączył niekompatybilny dowód do takich wyjaśnień, w postaci oferty od GMPC Sp. z o.o. z 21.05.2018 r.,
- szczątkowe elementy instalacji odgromowej - e-mail z firmy Elektroskandia 7.07.2018 r.,
- korespondencja z firmą Solartech w zakresie modułów fotowoltaicznych - brak oznaczenia typu modułu, a więc Zamawiający po prostu nie wie jakich modułów korespondencja dotyczy, i jakiego kontraktu. Jak twierdzi HYMON w wyjaśnieniach, Wykonawca ten przygotowuje się i realizuje inne kontrakty, a więc ta korespondencja może dotyczyć innych kontraktów,
- oferta z firmy Elektro Piast z dnia 15.05.2018 r. dotycząca obudów rozdzielnic,
- wycena dotycząca złączy MC4 z firmy Feeo (nieoznaczona żadną datą, nie wiadomo z kiedy jest, zatem czy jest wciąż aktualna i czy była aktualna przed złożeniem oferty),
- oferta z firmy Fatech dotycząca nieokreślonych elementów elektrycznych, a jej ważność ograniczono z jakiegoś powodu jedynie do 30.06.2018r. (co można także rozważać na gruncie art. 24 ust. pkt 17 Pzp),
- wycena kabla (nie wiadomo jakiego- jest tylko typ) z firmy Basoglu z 10.05.2018 r.,
- niezrozumiała oferta sprzedaży wystawiona przez HYMON na system montażowy (należy logicznie wywieść że z braku dowodu HYMON sam sobie wystawił ofertę),
- oferta na ubezpieczenie instalacji PV.

Odwołujący podkreślił w sposób szczególny, iż oferty te (abstrahując od ich realności i przydatności na etapie badania ceny i na etapie realizacji zadania) stanowią jedynie szczątkowe wyceny niektórych elementów instalacji i na ich podstawie Zamawiający nie był w stanie ocenić oferty w zakresie poprawności wyliczenia ceny. Jak i brak przyporządkowania w zakresie ilości również nie pozwala ocenić Zamawiającemu kosztów zadania.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach brak jakichkolwiek informacji na temat kosztów związanych z:

- zatrudnieniem kierownika kontraktu, chociaż osoba ta jest kluczowa i ponadto przecież wymagana warunkiem udziału w postępowaniu - zatem z tych oczywistych i obiektywnych powodów nie sposób jej pomijać,
- gospodarki magazynowej, logistycznej i administracyjnej - wykonanie w tak krótkim czasie 2175 instalacji (z prawem opcji +1000) wymaga organizacji firmy dla tego kontraktu. Wykonawca nie wykazał, że takie koszty uwzględnił w kalkulacji ani też jak sobie poradzi z zamówieniem podstawowym i uzupełniającym (tym bardziej jak pisze w późniejszych wyjaśnieniach 2 i 3 jest zaangażowany w wiele innych kontraktów),

- kosztów wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i usunięcia wad usterek, kosztów finansowych związanych z finansowaniem inwestycji (fakturowanie częściowe jest tylko do 80% wartości inwestycji, 20% po odbiorze końcowym, dodatkowo był wymóg zdolności kredytowej na 15 min zł., a więc wykonawca powinien był założyć koszt jakiegoś kredytu - tym bardziej jak pisze w późniejszych wyjaśnieniach 2 i 3 jest zaangażowany w wiele innych kontraktów.

Odwołujący w sposób szczególny podkreślił ponadto, iż Zamawiający klarownie w SIWZ wyspecyfikował zakres przedmiotu zamówienia, który powinien w wyjaśnieniach ceny być po pierwsze bazą dla wykonawcy, po drugie powinien być bardziej szczegółowo rozpisany przez wykonawcę, z uwzględnieniem poszczególnych kosztów, a te ostatnie udowodnione przy składanych wyjaśnieniach. Analizując wyjaśnienia złożone przez HYMON trudno też dopatrzeć się choćby podstawowych informacji nawiązujących do opisu przedmiotu zamówienia. W tym miejscu Odwołujący przywołał treść pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia są ułomne w stopniu podstawowym. Pomijają też wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w oferowanym terminie, włączając w to: koszty bezpośrednie, koszty ogólne na zadaniu, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez HYMON, kalkulowany przez HYMON zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami HYMON wymienionymi lub wynikającymi z dokumentacji, warunków Umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych. HYMON wycenił swoje koszty jednostkowe w sposób nienależyty, nierynkowy i nieuchronnie poniesie stratę. Co do zasady, wszelkie czynniki kosztotwórcze, które można powiązać z bezpośrednią realizacją robót, należy zaliczyć do kosztów bezpośrednich. Jednocześnie typowe koszty bezpośrednie tj. koszt zakupu/dostawy materiałów, ew. produkcji własnej na terenie budowy powinny być przyjęte przez wykonawcę w sposób wiarygodny, a w przypadku istnienia wątpliwości co do wiarygodności ceny, wykonawca obowiązany jest wykazać, że cena ta jest realnie osiągalna.

Jeśli dany czynnik kształtujący cenę nie został z uzasadnionych przyczyn uwzględniony w kosztach bezpośrednich należy założyć, że został on uwzględniony przez HYMON w kosztach pośrednich lub kosztach ogólnych. Innymi słowy koszty pośrednie i ogólne skalkulowane przez HYMON powinny wystarczyć na pokrycie innych kosztów, które nie kształtują kosztu bezpośredniego lub są niemożliwe do ich określenia w wyraźny sposób. W kosztach pośrednich i kosztach ogólnych znajdują się więc takie koszty jak koszty zaplecza biurowego, koszty zaplecza socjalnego, koszt kadry, koszt mediów, wywóz i utylizacja odpadów biurowych, bytowych i budowlanych, koszty ubezpieczeń kontraktowych, koszty gwarancji należytego wykonania, koszty zarządu, koszt kontroli jakości etc. Nawet gdyby uznać, że możliwe jest swobodne przeniesienie czynnika kształtującego koszt bezpośredni

do kosztów pośrednich lub ogólnych nie może dojść do sytuacji, w której całkowity koszt bezpośredni takiego elementu przewyższa przyjęty w wycenie koszt bezpośredni wraz z kosztem pośrednim i kosztem ogólnym.

Z analizy wyjaśnień dot. ceny, Odwołujący wnioskował, iż HYMON nie tylko nie zawarł w kalkulacji kosztów bezpośrednich istotnych elementów kształtujących rodzaj kosztu, a także w wycenionych kosztach bezpośrednich przyjął nierynkowe ceny. Tym samym, uznał, że nieuwjęte elementy kosztów bezpośrednich oraz ryzyko nierynkowej ceny materiałów/usług HYMON przewidział gdzieś w kosztach pośrednich i ogólnych (pozostawiając planowany zysk na tym samym poziomie). Jednakże weryfikacja założeń ofertowych HYMON wskazywała, w ocenie Odwołującego, iż przyjęte koszty pośrednie i ogólne nie wystarczają na pokrycie całkowitych, rynkowych kosztów bezpośrednich wykonania poszczególnych istotnych pozycji robót. Ponieważ już na tych pozycjach HYMON ponosić będzie stratę (zarówno koszty pośrednie, ogólne jak i zysk zostaną skonsumowane przez pozostałe koszty bezpośrednie), koszty pośrednie i ogólne nie wystarczają na pokrycie typowych pozycji kosztów pośrednich i ogólnych.

Nierzetelność i niekompletność wyjaśnień HYMON same w sobie stanowią o wadliwości kalkulacji ceny ofertowej - nie sposób bowiem pominąć kosztów pośrednich i ogólnych takich jak koszty zaplecza biurowego, koszty zaplecza socjalnego, koszt kadry, koszt mediów, wywóz i utylizacja odpadów biurowych, bytowych i budowlanych, koszty ubezpieczeń kontraktowych, koszty gwarancji należytego wykonania, koszty zarządu, koszt kontroli jakości etc. Odwołujący stwierdził, że HYMON zaoferował cenę rażąco niską, która wynika z zaniżenia cen wykonawstwa poszczególnych elementów, wprowadzał w błąd Zamawiającego, czy negocjował z Zamawiającym istotne elementy dla realizacji całego zamówienia.

Odwołujący podsumował argumentację dot. pierwszych wyjaśnień stwierdzeniem, że HYMON nie ujął w cenie oferty w zakresie analizowanych grup robót m.in. kosztów zaplecza biurowego, kosztów zaplecza socjalnego, kosztów kadry, kosztów mediów, wywozu i utylizacji odpadów biurowych, bytowych i budowlanych, kosztów ubezpieczeń kontraktowych, kosztów gwarancji należytego wykonania, kosztów zarządu, kosztów kontroli jakości etc., co w pierwszej kolejności pogłębia ww. stratę.

Odnosnie wyjaśnień dot. ceny złożonych przez HYMON w dniu 06.06.2018r., Odwołujący stwierdza, że przedstawiają zupełnie inny obraz wynagrodzenia instalatorów. Odwołujący przypomniał, iż od 1 stycznia 2018 r. płaca minimalna dla osób pracujących na podstawie umowy o pracę wynosi 2100 zł brutto, czyli około 1530 zł netto ("na rękę") - łączne obciążenie dla pracodawcy ok. 2550 zł. Ponadto Odwołujący dostrzegł, że HYMON nagle koszty pracowników zaczął uwzględniać w cenie za montaż, czyli zastosował podstawowy wybieg niektórych wykonawców, że jeśli jest problem z elementem ceny to wykazuje się, że

wchodzi on w składnik elementu większego, i o tym ostatnim wykonawca zaczyna się rozpisywać, wreszcie HYMON powtarza te same błędy, rozpisując się o składnikach ceny jedynie gołosłownie.

Odwołujący stał na stanowisku, że właśnie koszty administracyjne muszą być policzone dla tego konkretnego zadania bez uwzględniania przyszłych zadań, które przecież pozostają w sferze wirtualnej, dlatego też złożone wyjaśnienia i z tego powodu nie mogą być potraktowane jako rzetelne.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia HYMON z dnia 06.06.2018r., nie sposób uznać za wiarygodne i udowodnione w zakresie pomocy publicznej, i zauważył, że nie dotyczą one tego zamówienia, ponadto wykonawca nawet nie próbował wykazać o ile z tego powodu rzekomo zaoszczędzi, co wyróżnia go na tle konkurencji.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia HYMON z dnia 06.06.2018r., nie sposób uznać za wiarygodne i udowodnione w zakresie kosztów przejazdu pracowników. Wykonawca nawet nie próbował udowodnić, że wszystkie osoby rzeczywiście zamieszkują w promieniu 80 km od Zamawiającego, poza tym nawet ta odległość przecież generuje koszty - może się więc zdarzyć, że większe niż koszt zakwaterowania pracowników na miejscu. Ale tego Zamawiający nie wie.

Nie wiadomo jak brak odpadów niebezpiecznych wyróżnia HYMON na tle konkurencji, że pozwala zaoferować cenę niższą niż muszą to kalkulować inni.

Nie wiadomo, jak brak podwykonawców po pierwsze wyróżnia HYMON na tle konkurencji, że pozwala zaoferować cenę niższą niż muszą to kalkulować inni. Poza tym sam brak podwykonawców wcale nie świadczy o tym że oferta automatycznie jest niższa z tego powodu. HYMON żadnych wyliczeń i dowodów nie załączył na tę okoliczność Zamawiającemu.

Kwestia wykonania podwójnej dokumentacji (projektowej i wykonawczej) dla każdego obiektu za kwotę 100 zł./netto/szt. nie może być traktowana także poważnie, jak też wciąż informacja ta pozostaje niewyczerpująca i gołosłowna.

Odwołujący podkreślił, że o ten koszt HYMON został poproszony o wyjaśnienie w związku z tym, że Zamawiający z urzędu wie, iż sam płacił wielokrotnie więcej za wykonanie tylko audytów dla każdej lokalizacji. HYMON nie zmierzył się z tym pytaniem, jedynie potwierdził że ten koszt obejmuje koszt sporządzenia dokumentacji projektowej wykonawczej i powykonawczej oraz jeszcze koszty administracyjne (wykonawca ponadto przyznaje że na tej pozycji jak i dla pozycji testy nie zakłada żadnej marży). Zamawiający więc nie otrzymał odpowiedzi na swoje wątpliwości, co więcej otrzymał informacje które powinny go utwierdzić że HYMON zaoferował cenę rażąco niską.

Dalej Odwołujący podniósł, że chociaż w kolejnym wezwaniu Zamawiający sugeruje w jaki sposób ma wykonawca przedstawić wyjaśnienia, np. wskazuje, że należy je uzupełnić np. o

koszty kierownika kontraktu, kosztów opracowania dokumentacji wykonawczej, powykonawczej i administracji, to HYMON w dalszym ciągu prezentuje ogólnikową argumentację i w dalszym ciągu ignoruje ciężar dowodu. A Zamawiający wciąż nie dostrzega tej mizერი dowodowej jak i tego, że w wyjaśnieniach tych wykonawca HYMON przedstawia w dużej części te same argumenty i szcztatkowe dowody, które złożył na pierwsze wezwanie.

Jeśli chodzi o informacje dodatkowe, Odwołujący wskazał, że:

- informacje rysunkowe o systemach montażowych, nic nie wnoszą do sprawy obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny, tabele z wynagrodzeniem pracowników swojej firmy wg zajmowanych stanowisk - pokazują, że cała firma będzie zaangażowana w wykonanie jednego kontraktu (co znów jest niespójne z oświadczeniami o zaangażowaniu w inne kontrakty i o tym, że z pewnością HYMON równolegle pozyska inne zlecenia co pozwala obniżyć koszty i Go rzekomo wyróżnia na tle konkurencji), Ponadto dane są niespójne z kwotami jaki podał w wyjaśnieniach na pierwsze wezwanie (w pierwszych wyjaśnieniach - koszt instalatora brutto 3 234 zł. brutto w tabeli w drugich wyjaśnieniach podaje 3 916 zł. brutto), i nadal brak uwzględniania kosztu kierownika kontraktu,
- HYMON uszczegóławia tabele cenowe (bez marży i z marżą), gdzie Zamawiającemu umknęło, iż wykonawca wskazuje inny typ falownika niż zaoferował (co dopiero prostuje w dodatkowym piśmie, ale przecież sprostowanie z dnia 08.06.2018r. dotyczy tylko wyjaśnień złożonych w dniu 6.06.2018, a więc w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 21.05.2018r. jest wciąż inny falownik i inny panel fotowoltaiczny niż zaoferował pierwotnie), co w opinii Odwołującego świadczy o całym ciąg niedozwolonych negocjacji, co narusza art. 87 ust. 1 Pzp,
- na wykonanie dokumentacji HYMON przeznaczą 0,3h a więc 20 minut - wydaje się to absurdalnie mało mając na uwadze konieczność wykonania wizji lokalnej, przygotowanie jej w określonym zakresie oraz wydruk i skompletowanie,
- nie sposób jakkolwiek zweryfikować informacji o koszcie kierownika kontraktu (abstrahując od podstawowej uwagi że są to wciąż oświadczenia gołosłowne), gdyż HYMON z jednej strony twierdzi gołosłownie, że ma podpisaną umowę przedwstępną a z drugiej strony, że koszty jej są ujęte w tabeli „Miesięczne wynagrodzenia dla pracowników”, z ww. wyjaśnień widać też dobitnie, iż na podstawowym elemencie realizacji przedmiotu zamówienia, jakim jest montaż instalacji fotowoltaicznej na danym obiekcie wykonawca ten nie przewiduje marży.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był również uprawniony do dopytywania HYMON w dniu 12.06.2018r. o koszty transportu, koszty skrzynek elektrycznych zgodnych z SIWZ, ilość roboczogodzin pracy przy przygotowaniu dokumentacji projektowej, dodatkowych zabezpieczeń, czy koszty kierownika kontraktu, gdyż koszty te są oczywiste i podstawowe w

tym zadaniu, zatem winny być już nie tylko pokazane ale i udowodnione w wyjaśnieniach z dnia 21.05.2018r. Zamawiający nie może do skutku wyciągać od wykonawcy informacji elementarnych.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia HYMON z dnia 14.06.2018r., nie sposób uznać za jakkolwiek wiarygodne i udowodnione w zakresie wyraźnego wezwania Zamawiającego. HYMON przy tak nieprofesjonalnym podejściu do obowiązku wykazania Zamawiającemu rzetelności ceny sam zrezygnował z udziału w tym przetargu, licząc się z odrzuceniem swojej oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania cen, oferowanych zakresów czy rozwiązań, zgodności treści oferty i wreszcie kosztów jakie poniesie wykonawca.

Z uwagi na lapidarność dwóch wcześniejszych wyjaśnień, Zamawiający po pierwsze w sposób nieuprawiony faworyzuje HYMON dopytując po raz kolejny o wynagrodzenie kierownika kontraktu oraz o skorelowanie kosztów przyjętych na wykonanie instalacji z kosztami prawników w ujęciu r-g.

Podobnie zdaniem Odwołującego nadużyciem było dalsze dopytywanie o podstawowe elementy ceny przy takim zadaniu jak np. koszty transportu oraz inne koszty związane z przyjętymi rozwiązaniami technicznymi.

W ocenie Odwołującego, w dalszym ciągu wykonawca nie udzielił informacji ile konkretnie będzie płacił, już tylko to dyskwalifikuje wyjaśnienia jako profesjonalne. Zatem trzeba przyjąć że jest to 14 zł brutto, zaś kwota 154 zł. brutto dla pracownika w żaden sposób nie koreluje z kwotą za montaż instalacji, biorąc pod uwagę rynek instalatora (od 1500 zł bez VAT (czyli w odniesieniu do kosztów pracy to brutto) za instalację).

W dalszym ciągu nie można porównać i dokonać analizy wyjaśnień, gdy z jednej strony wykonawca podaje miesięczny koszt instalatora na poziomie 3916 zł brutto, potem wskazuje kwotę 4692,93 zł jako całkowity koszt instalatora co nie można powiązać w wielokrotnym zapewnieniu o wynagrodzeniu 14 zł za godzinę dla instalatora. Tych kwot nie da się powiązać ze sobą, a nawet jeśli HYMON będzie twierdził, że się da to takie tłumaczenie powinno być jednoznacznie wskazane w wyjaśnieniach, jako odpowiedź. Zatem wciąż brak jest konkretnych wyliczeń pomimo trzykrotnego wezwania przez Zamawiającego.

Podsumowując, Odwołujący ocenił, że prowadzenie przez Zamawiającego z wykonawcą HYMON wyjaśnień „do skutku” stanowi w istocie niedopuszczalne negocjacje w toku badania i oceny złożonych oferty, które świadczą o braku transparentności postępowania przetargowego i braku jego prowadzenia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Ustawy). Zamawiający nie dostrzega wagi zbadania realności ceny w zwłaszcza w warunkach gdy obiektywnie rzecz biorąc tempo wzrostu cen materiałów zaopatrzeniowych jest wyższe niż zmiana w górę cen produkcji sprzedanej budownictwa. Szybszy wzrost cen materiałów budowlanych niweluje pozytywny efekt dostosowywania cen prac budowlanych,

do czego dodatkowo przyczyniają się wyższe koszty pracy i brak pracowników na rynku i wierzy wykonawcy HYMON otrzymując szątkowe informacje, informacje nierzetelne i oświadczenie o zatrudnieniu za minimalne wynagrodzenie, w dodatku tak dużej grupy wykwalifikowanych osób.

W związku z powyższym, wobec braku wykazania przez HYMON (w odpowiedzi na zarówno pierwsze, jak i drugie wezwanie Zamawiającego), że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów art. 90 ust. 1, 2, 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Także trzecie wyjaśnienie niczego nie wnosi w zakresie zniwelowania ryzyka po stronie wydatkującej środki publiczne.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z HYMON, zamiast odrzucenia oferty HYMON jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że HYMON zaoferował falownik HNS3000TL-1-RZ, a następnie 6.06.2018 r. składając oświadczenie producenta firmy Afore (wersja angielska) przekonał Zamawiającego, że tak naprawdę jest to falownik HNS3000TL-1 (bez dopisku - RZ), a więc taki, który jest produkowany seryjnie, i na którego są wydane wymagane certyfikaty.

Odwołujący dokonał tłumaczenia własnego ww. oświadczenia cyt: „My, Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. składamy oficjalne poniższe oświadczenie:

Wszystkie parametry HNS3000TL-1-RZ przedstawione przez GMPC Sp. z o.o. bazują na tych z HNS3000TL-1, podczas gdy jest to wykonanie specjalnie dla tego projektu fotowoltaicznego "Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF—Projekt Parasolowy" w Polsce.

Ponieważ nasza technologia się poprawia, obecnie mamy zarówno Generację 4 i Generację 5 HNS3000TL-1, a HNS3000-TL1 z następującego załącznika o nazwie "G5 HNS3000TL-1" jest dokładnie taki sam jak ten HNS3000TL-1-RZ.

Na zakończenie, potwierdzamy, że my Afore, posiadamy taką technologię oraz zdolności do produkcji HNS3000TL-1-RZ. ”

W ocenie Odwołującego, zdanie to potwierdza, że Afore nie produkuje tego falownika, a jedynie może go wyprodukować ale przecież Zamawiający nie dopuszczał oferowania w tym przetargu prototypów. Ponadto i tak taki prototypowy falownik nie może posiadać aktualnych certyfikatów na dzień składania oferty przez HYMON, co powinno skutkować automatycznym odrzuceniem tej oferty jako niezgodnej z SIWZ, a więc na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wnioskował, że skoro HYMON oferuje produkt nieistniejący i bez certyfikatów, więc wprowadza w ten sposób Zamawiającego w błąd, to aktualizuje się przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Ta sytuacja też doskonale obrazuje cały ciąg negocjacji treści oferty w toku składanych wyjaśnień, gdzie jeszcze próbuje się wskazywać na produkt który nie spełnia

parametrów SIWZ, zatem zasadnie należy podnieść zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 Pzp.

Podobnie, jako negocjację, Odwołujący ocenia kwestię zmiany wynagrodzenia pracowników, o czym była mowa w pkt. I.

Odwołujący wskazał, że HYMON do wyjaśnień z dnia 21.05.2018r., załącza certyfikat wydany przez TUV Nord CERT GmbH o nr 44 780 17 406749-059 wraz z aneksem nr 1 i 2 z którego wynika, że oferowany panel PV Sunrise typ SRM660300 posiada certyfikat zgodności z normami

- PN-EN 61730:2007 lub równoważnej

- PN-EN 61215:2005 lub równoważnej

z terminem ważności do 4.06.2018 r.

Nie potwierdza on jednak posiadania wymaganego certyfikatu na zgodność z normą IEC 62804.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza również oświadczenie firmy Sunrise jakie złożył w dniu 8.06.2018 r. HYMON w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.05.2018 r.

Z oświadczenia tego podpisanego przez Andy Huang (president/CEO) z datą 2.06.2018 r. wynika, że moduł SRM660300 jest obecnie w ostatniej fazie procesu pełnej certyfikacji zgodnie z normą PN-EN 61730:2007, PN-EN61215:2005, IEC62804 (lub równoważną) i zgodnie z planem zakończenie certyfikacji przewidziane jest na koniec maja 2018 r. (abstrahując od tego, że Zamawiający nie weryfikował tej daty z datą wystawienia - 2.06.2018 r.). Tym samym, zdaniem Odwołującego doszło do negocjacji pomiędzy Zamawiającym a HYMON, że na dzień składania ofert moduł SRM660300 spełnia wymagania SIWZ.

Identycznie, zdaniem Odwołującego, doszło do negocjacji pomiędzy Zamawiającym a HYMON, że na dzień składania ofert zaoferowany falownik fotowoltaiczny (inwerter) HNS3000TL-1-RZ spełnia wymagania SIWZ (uzasadnienie w pkt III poniżej). Identycznie doszło do negocjacji pomiędzy Zamawiającym a HYMON, że na dzień składania ofert zaoferowany moduł fotowoltaiczny SR-M660300 spełnia wymagania SIWZ (uzasadnienie w pkt III poniżej).

III. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty HYMON jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut dotyczący braku wymaganych certyfikatów oferowanego przez HYMON panela fotowoltaicznego - opisany został szeroko przez Odwołującego w piśmie z dnia 21.05.2018 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15.05.2018 r. wykonawca HYMON udzielając odpowiedzi w dniu 21.05.2018 r. załączył z jednej strony deklarację firmy Sunrise

jakoby oferowany panel posiadał wymagane certyfikaty, a z drugiej strony załączył certyfikat wydany przez TUV o nr 70.406.13.600.04 wydany w dniu 20.01.2014 r., który co prawda potwierdza posiadanie wymaganych w postępowaniu certyfikatów tj.

- PN-EN 61730:2007 lub równoważnej,
- PN-EN 61215:2005 lub równoważnej,
- IEC62804,

ale certyfikat ten został wydany na inny panel fotowoltaiczny niż oferowany przez HYMON w tym postępowaniu. Certyfikat dotyczy panela SR-P660-255 natomiast HYMON oferował panel firmy Sunrise typ SR-M660300.

Odwołujący podał, że do wyjaśnień z dnia 21.05.2018r., HYMON co prawda załączył certyfikat wydany przez TUV Nord CERT GmbH o nr 44 780 17 406749-059 wraz z aneksem nr 1 i 2, z którego wynika, że oferowany panel PV Sunrise typ SRM660300 posiada certyfikat zgodności z normami:

- PN-EN 61730:2007 lub równoważnej,
- PN-EN 61215:2005 lub równoważnej,

z terminem ważności do 4.06.2018 r.

Nie potwierdza on jednak posiadania wymaganego certyfikatu na zgodność z normą IEC 62804.

Powyższe potwierdza również oświadczenie firmy Sunrise jakie złożył w dniu 8.06.2018r. HYMON w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.05.2018 r.

Z oświadczenia tego podpisanego przez Andy Huang (president/CEO) z datą 2.06.2018 r. wynika, że moduł SRM660300 jest obecnie w ostatniej fazie procesu pełnej certyfikacji zgodnie z normą PN-EN 61730:2007, PN-EN61215:2005, IEC62804 (lub równoważną) i zgodnie z planem zakończenie certyfikacji przewidziane jest na koniec maja 2018 r. (abstrahując od tego, że Zamawiający nie weryfikował tej daty z datą wystawienia - 2.06.2018 r.)

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiającego nie zastanowiło, że okres ważności posiadanych certyfikatów upływa 4.06.2018 r., a z tą datą upływa okres ważności certyfikatu w zakresie norm PN-EN 61730:2007, PN-EN61215:2005. A więc oświadczenie to potwierdza fakt, że zaoferowany przez HYMON panel na dzień złożenia oferty oraz na dzień złożenia oświadczenia producenta nie ma certyfikatu ani badań dotyczących normy IEC62804.

Należy również podkreślić, że Odwołujący uzyskał takie same oświadczenie dla potrzeb tego postępowania od producenta Sunrise z datą 18.05.2018 r., że produkt nie posiada certyfikatów, zatem i tutaj z niewytłumaczalnych powodów Zamawiający w sposób w pełni świadomy nie wyciągnął wniosków, mając w dodatku szerokie informacje z pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 22.05.2018 r., zwłaszcza że HYMON na to pismo zareagował jedynie argumentami o charakterze zupełnie ogólnym.

Odnosnie zaoferowanego przez HYMON falownika fotowoltaicznego, Odwołujący zauważa iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (OPZ) - załącznik nr 3 do SIWZ, Zamawiający postawił następujące wymaganie : Instalacja fotowoltaiczna będzie funkcjonowała w systemie sieciowym. Energia wyprodukowana przez instalację PV będzie zużywana na potrzeby własne budynku, a nadwyżki będą wprowadzane do sieci OSD (Operatora Systemu Dystrybucyjnego). Wykonana instalacja musi spełniać wymogi kryteriów przyłączenia mikroinstalacji opisane w aktualnej na dzień przyłączenia do sieci IRiESD (Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Dystrybucyjnej PGE Dystrybucja SA). Montaż dwukierunkowego licznika energii jest po stronie OSD. Zgodnie z dokumentem pn.: Kryteria oceny możliwości przyłączania oraz wymagania techniczne dla mikroinstalacji i małych instalacji przyłączanych do sieci dystrybucyjnej niskiego napięcia Operatora Systemu Dystrybucyjnego pobranym ze strony PGE Dystrybucja S.A. (<https://pqedvstrvbucia.pl/Dla-Klienta/Przydatne-dokumenty>) jednym z podstawowy wymogów przyłączenia mikroinstalacji do sieci energetycznej jest posiadanie wymaganych certyfikatów.

Wymagania techniczne dla mikroinstalacji i małych instalacji przyłączanych do sieci dystrybucyjnej niskiego napięcia:

a) źródło wytwórcze powinno posiadać certyfikat (świadczenie) zgodności z normami:

- PN-EN 61000-3-3:2011 (dotyczy źródeł o prądzie znamionowym $\leq 16A$),
 - PN-EN 61000-3-2:2007 (dotyczy źródeł o prądzie znamionowym $\leq 16A$),
 - PN-EN 50438 (dotyczy źródeł o prądzie znamionowym $\leq 16A$),
 - PN-EN 61000-3-11:2004 (dotyczy źródeł o prądzie znamionowym $> 16A$ i $\leq 75A$),
 - PN-EN 61000-3-12:2012 (dotyczy źródeł o prądzie znamionowym $> 16A$ i $\leq 75A$),
- i aktualnymi dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady:
- dyrektywą niskonapięciową LDV (aktualnie 2006/95/WE),
 - dyrektywą kompatybilności elektromagnetycznej (aktualnie 2004/108/WE);

Ponadto, w tym samym dokumencie jest przedstawiony algorytm spełnienia warunków w celu przyłączenia mikroinstalacji do sieci energetycznej. Z algorytmu tego wynika, że w pierwszej kolejności sprawdzane jest posiadanie wymaganych certyfikatów. W przypadku braku wymaganych certyfikatów następuje odmowa przyłączenia do sieci takiej instalacji.

Tymczasem z przedstawionych przez HYMON certyfikatów, które składał na wezwanie Zamawiającego oraz z dostępnych informacji (strona internetowa producenta, strona internetowa polskiego dystrybutora) wynika, że zaoferowany falownik fotowoltaiczny HNS3000TL-1-RZ nie posiada żadnego z wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów.

Zatem tu został naruszony przez Zamawiającego też przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, gdyż nie wykluczył HYMON z postępowania.

Odwołujący wskazał, że przedstawione przez HYMON certyfikaty potwierdzające spełnienie norm dla falownika dotyczą innych modeli sprzętu niż zaoferowane w postępowaniu (nie zawierają w nazwach modeli litery „-RZ”). Z przedstawionego przez HYMON wraz z wyjaśnieniami z 8.06.2018 r. oświadczenia (tłumaczenie poniżej) firmy Afore wynika, że falownik HNS3000-1-RZ jest stworzony na potrzeby tego projektu (abstrahując od tego, że Zamawiający nie dopuszczał eksperymentalnej instalacji ale sprawdzoną i certyfikowaną - już tylko to, że zaoferowano jakiś okaz świadczy o konieczności odrzucenia takiej oferty) oraz bazuje na nowej generacji G5 falownika HNS3000TL-1. A więc dokonane zmiany parametrów technicznych falownika, aby dostosować go do wymagań postępowania wymagają ponownej certyfikacji falownika, które oferowany falownik nie posiadał na dzień złożenia oferty ponieważ na wezwanie Zamawiającego do składania wyjaśnień ich nie przedstawiał. Przedstawiał jedynie certyfikaty dla modelu bez rozszerzenia „-RZ” wydane w 2016 r. Odwołujący ponownie przytoczył tłumaczenie własne oświadczenia firmy Afore.

Odwołujący przedstawił również algorytm sprawdzania warunków technicznych przy rozpatrywaniu zgłoszeń i wniosków o przyłączenie mikroinstalacji i małych instalacji do sieci dystrybucyjnej niskiego napięcia. Odwołujący podkreślił, że m.in. o tych nieprawidłowościach informował Zamawiającego w piśmie z dnia 21 maja b.r., Zamawiający przedstawił je HYMON, HYMON gołosłownie wszystkiemu zaprzeczył, i tylko to ostatnie stanowisko jak widać liczyło się, z niewytłumaczalnych powodów, dla Zamawiającego.

Odnosnie modułów fotowoltaiczne, Odwołujący podał, że Zamawiający wskazał w Załączniku nr 3 do SIWZ, w pkt 4. Minimalne wymagania dla komponentów instalacji PV, Tabela 2. Wymagania stawiane modułom fotowoltaicznym, pozycja: „Wymagane normy i certyfikaty”, że wymaganymi normami są:

„- *PN-EN 61730:2007 (lub równoważna)*

– *PN-EN 61215:2005 (lub równoważna)*

– *IEC 62804 (Jako równoważne spełnienie wymogu Zamawiający uzna przedstawienie protokołów z badań odporności na PID* wykonanych przez akredytowane laboratorium)*

** Warunki minimalne testu temperatura 60 st. C, wilgotność powietrza 85 %, napięcie 1000 V, czas 96 godzin, spadek wydajności nie większy niż 5%. ”*

Z dokumentów załączonych do oferty wykonawcy HYMON, w ocenie Odwołującego, wynika, że zaoferował on moduł fotowoltaiczny SR-M660300 produkowany przez chińską spółkę Sunrise Solartech Co., Ltd. Zatem Odwołujący wskazał, że zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, w tym zamieszczonymi na stronie internetowej producenta zaoferowanego modułu fotowoltaicznego, moduł ten nie został przetestowany pod kątem spełniania wymagań normy:

– PN-EN 61730:2007 (lub równoważnej),

– PN-EN 61215:2005 (lub równoważnej),

– IEC 62804,

jak również nie posiada certyfikatów potwierdzających spełnianie ww. norm. Ponadto ww. moduł nie przeszedł badań odporności na PID wykonanych przez akredytowane laboratorium, w warunkach określonych w SIWZ, i co za tym idzie nie ma dla niego protokołów z badań odporności na PID.

Okoliczność ta była przedstawiana Zamawiającemu w piśmie z dnia 22.05.2018r., zaś HYMON przy piśmie z dnia 06.06.2018r. jedynie ogólnikowo się do tego odniósł, nie próbując nawet udowodniać poprawności swojej oferty.

Ponadto, z dokumentów załączonych do oferty wykonawcy HYMON, w ocenie Odwołującego, wynika, że zaoferował on Zamawiającemu falownik fotowoltaiczny (inwerter) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ, którego producentem ma być Afore New Energy Technology (Shanghai). Odwołujący zauważył, że zgodnie ze wszelkimi dostępnymi mu informacjami na temat produktów Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd, producent ten nie produkuje falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przy piśmie z dnia 22 maja 2018r. załączył katalog falowników fotowoltaicznych (inwerterów) produkcji Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd na 2018 r. W katalogu tym próżno szukać inwertera oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ. Tak samo żadnych informacji na temat inwertera oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ nie sposób znaleźć na stronie internetowej Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. Wreszcie żadnych informacji na temat inwertera oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ nie sposób znaleźć na stronie internetowej polskiego dystrybutora Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd, czyli spółki GMPC Sp. z o.o., której dane teleadresowe widnieją na karcie katalogowej, zamieszczonej na str. 31 oferty wykonawcy HYMON. W świetle powyższego Odwołujący uznał, że wykonawca HYMON zaoferował Zamawiającemu nieistniejący model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ. Powyższy wniosek jest, zdaniem Odwołującego, uzasadniony tym bardziej, że w certyfikacie zgodności z dyrektywami europejskimi z dnia 20 kwietnia 2016 r., wystawionym przez LCIE China dla Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. jak i w certyfikacie zgodności z normą EN 50438:2013 z dnia 19 grudnia 2016 r., wystawionym przez Eurofins Product Testing Service (Shanghai) Co. Ltd. dla Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. nie ma wymienionego falownika fotowoltaicznego (inwertera) o symbolu HNS3000TL-1-RZ. W opinii Odwołującego, jest oczywiste, że nieistniejący model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ nie spełnia, bo nie może spełniać, szeregu wymagań SIWZ.

Przykładowo, Zamawiający wskazał w Załączniku nr 3 do SIWZ, w pkt 4. Minimalne wymagania dla komponentów instalacji PV, Tabela 3. Wymagania stawiane falownikom fotowoltaicznym, że wymagane są m.in.:

- Deklaracja zgodności z Dyrektywą 2014/35/UE Dyrektywą 2014/30/UE
- Deklaracja zgodność z normami PN-EN 61000-3-12 oraz PN-EN 61000-3-11 (lub równoważne)
- Deklaracja zgodności z normą EN 50438:2013 lub PN-EN 50438:2014 (lub równoważne).

Jest dla Odwołującego oczywiste, że nieistniejący model falownika fotowoltaicznego (inwertera) nie posiada, bo nie może posiadać, ww. deklaracji zgodności i już tylko z tego względu nie spełnia wymagań SIWZ. Powyższy wniosek jest uzasadniony tym bardziej, że w certyfikacie zgodności z dyrektywami europejskimi (tj. z Dyrektywą 2014/35/UE) z dnia 20 kwietnia 2016 r., wystawionym przez LCIE China dla Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. jak i w certyfikacie zgodności z normą EN 50438:2013 z dnia 19 grudnia 2016 r., wystawionym przez Eurofins Product Testing Service (Shanghai) Co. Ltd. dla Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. nie ma wymienionego falownika fotowoltaicznego (inwertera) o symbolu HNS3000TL-1-RZ. Okoliczność tę Odwołujący przedstawił Zamawiającemu w piśmie z dnia 22.05.2018r., zaś HYMON przy piśmie z dnia 06.06. 2018r. odniósł się jedynie ogólnie i nie przedstawił dowodów przeciwnych.

Zatem Odwołujący przyjął, jego zdaniem jedynie logicznie, że HYMON w rzeczywistości zaoferował Zamawiającemu model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1, który to model faktycznie jest produkowany przez Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. Wskazuje na to daleko idące podobieństwo oznaczenia modeli (HNS3000TL-1-RZ i HNS3000TL-1) - różnica między nimi sprowadza się do dodatku „-RZ”. W celu wyjaśnienia tej kwestii Odwołujący skontaktował się z producentem Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. i zapytał go o model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ. Zgodnie z informacjami otrzymanymi od Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ jest dokładnie taki sam (identyczny) jak model HNS3000TL-1. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przekazał Zamawiającemu pisma korespondencję mailową prowadzoną z producentem Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd.

Zgodnie z informacjami otrzymanymi od producenta model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ jest dokładnie taki sam (identyczny) jak model HNS3000TL-1. Tymczasem model HNS3000TL-1 nie spełnia parametrów wymaganych w Załączniku nr 3 do SIWZ. Wymagany tam zakres temperatury pracy wynosi od -20°C do +60°C, natomiast wg katalogu produktów, zamieszczonego na stronie internetowej

producenta oraz jego polskiego dystrybutora, zakres ten w przypadku modelu HNS3000TL-1 wynosi od -20°C do +55°C.

Ponadto, Odwołujący podał, że model falownika fotowoltaicznego (inwertera) HNS3000TL-1 nie spełnia deklarowanych przez wykonawcę HYMON parametrów podlegających punktacji w ramach Kryteriów technicznych K_T , tj.:

a) „Zastosowanie falowników PV o wysokiej sprawności maksymalnej” - wykonawca HYMON zadeklarował, że sprawność maksymalna zaoferowanego falownika to 98,0%, natomiast wg katalogu produktów, zamieszczonego na stronie internetowej producenta oraz jego polskiego dystrybutora, sprawność ta wynosi 97,7%;

b) „Zastosowanie falownika o niskim poziomie hałasu” - wykonawca HYMON zadeklarował, że poziom hałasu zaoferowanego falownika to <20 dB, natomiast wg katalogu produktów, zamieszczonego na stronie internetowej producenta oraz jego polskiego dystrybutora, poziom hałasu wynosi <28dB.

Okoliczność ta była przedstawiana Zamawiającemu w piśmie z dnia 22.05.2018 r., zaś HYMON przy piśmie z dnia 06.06.2018r. jedynie ogólnie i nie udowodnił swojego stanowiska.

IV. Odnośnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia HYMON z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zamawiający wskazał w SIWZ (Rozdziału XV pkt 1 ppkt 2) SIWZ), że jednym z kryteriów oceny ofert będą Kryteria techniczne K_T . W ramach tych Kryteriów Zamawiający określił m.in. następujące kryteria szczegółowe:

1) „Zastosowanie modułów PV o lepszym temperaturowym współczynniku mocy” (poz. 3), opisane w następujący sposób:

„Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,44 %/°C - 1 punkt

Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,43 %/°C - 2 punkty

Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,42 %/°C - 3 punkty

Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,41 %/°C - 6 punktów

Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,4 %/°C - 8 punktów

Przy zastosowaniu modułów PV o bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy mniejszej lub równej 0,39 %/°C - 10 punktów”

2) „Zastosowanie modułów PV posiadających puszkę połączeniową o wysokim stopniu ochrony IP

(poz. 5), opisane w następujący sposób:

„Przy zastosowaniu modułu PV który posiada puszkę przyłączeniową o stopniu ochrony IP 65- 0 punktów

Przy zastosowaniu modułu PV który posiada puszkę przyłączeniową o stopniu ochrony lepszym niż IP 65- 3 punkty

Jako lepszy stopień ochrony należy rozumieć taki, w którym pierwsza cyfra jest większa od 6 lub druga cyfra jest większa od 5 lub pierwsza cyfra jest większa od 6 i druga jest większa od 5. ”

Odwołujący podał, że wykonawca HYMON w swojej ofercie oświadczył odnośnie kryterium szczegółowego „Zastosowanie modułów PV o lepszym temperaturowym współczynniku mocy”, że w zaoferowanym module PV bezwzględna wartość temperaturowego współczynnika mocy wynosi 0,39 %/°C, natomiast odnośnie kryterium szczegółowego „Zastosowanie modułów PV posiadających puszkę połączeniową o wysokim stopniu ochrony IP”, że stopień ochrony puszkę przyłączeniowej modułu PV to IP 67 (str. 6 oferty). Zatem stosownie do przytoczonych powyżej postanowień SIWZ oferta wykonawcy HYMON w pierwszym z ww. kryteriów powinna otrzymać 10 punktów, natomiast w drugim z ww. kryteriów - 3 punkty, czyli maksymalną możliwą liczbę punktów. Na potwierdzenie swojego oświadczenia wykonawca HYMON załączył do oferty deklarację (str. 25-26), mającą pochodzić od producenta zaoferowanych modułów.

Odwołujący podkreślił, że z ww. deklaracji wynika, iż wykonawca HYMON zaoferował Zamawiającemu moduł PV SR-M660300(PERC) produkowany przez Sunrise Solartech Co. Ltd. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że moduł PV SR- M660300(PERC), produkowany przez Sunrise Solartech Co. Ltd. jest modułem produkowanym seryjnie, powszechnie dostępnym, czyli produktem gotowym, tzw. z półki. Zarówno jego producent jak i jego lokalni dystrybutorzy szeroko informują o parametrach i właściwościach jakie posiada. Odwołujący wskazał, że z ogólnie dostępnych informacji rynkowych, tj.:

- karty katalogowej pobranej ze strony producenta <http://en.srsolartech.cn/upfile/cpdownload/EN SR-M660.pdf>

- karty katalogowej (w języku angielskim oraz w języku polskim) otrzymanej od autoryzowanego sprzedawcy i dystrybutora firmy Sunrise Solartech Co. Ltd. tj. od firmy Kleventa Sp. z o.o., wynika, że rzeczywiste parametry posiadane przez moduł PV SR-M660300(PERC) różnią się od parametrów zadeklarowanych przez wykonawcę HYMON. Mianowicie bezwzględna wartość temperaturowego współczynnika mocy ww. modułu, wbrew temu, co oświadczył wykonawca HYMON, nie wynosi 0,39 %/°C, lecz 0,45 %/°C, co stosownie do przytoczonych powyżej postanowień SIWZ powinno skutkować nieprzyznaniem jakichkolwiek punktów w ramach kryterium szczegółowego „Zastosowanie modułów PV o lepszym temperaturowym współczynniku mocy”. Ponadto stopień ochrony puszkę

przyłączeniowej modułu PV, wbrew temu, co oświadczył wykonawca HYMON, to nie IP 67, lecz IP 66.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący do pisma z dnia 22.05.2018r. załączył ww. karty katalogowe, autoryzację dla firmy Kleventa Sp. z o.o. oraz otrzymane za pośrednictwem firmy Kleventa Sp. z o.o. oświadczenie producenta modułu fotowoltaicznego SR-M660300, tj. chińskiej spółki Sunrise Solartech Co., Ltd. Z ww. dokumentów wynikało, zdaniem Odwołującego, w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że wykonawca HYMON zawyżył w swojej ofercie parametry posiadane przez moduł PV SR- M660300(PERC), chcąc doprowadzić w ten sposób do otrzymania maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium szczegółowego „Zastosowanie modułów PV o lepszym temperaturowym współczynniku mocy”. HYMON nie udowodnił stanowiska przeciwnego, a postępowania tego nie sposób zaakceptować.

Oczywistym, dla Odwołującego było, że wykonawca HYMON miał świadomość tego, iż podane przez niego parametry modułu PV SR-M660300(PERC) nie odpowiadają rzeczywistości. Jak to już bowiem wskazano powyżej na potwierdzenie swojego oświadczenia wykonawca HYMON załączył do oferty Deklarację (str. 25-26), mającą pochodzić od producenta zaoferowanych modułów. Tymczasem Deklaracja ta została sporządzona na papierze firmowym spółki o firmie CHANGZHOU SUNRISE SOLARTECH CO., LTD, podczas gdy firma producenta modułu PV SR- M660300(PERC) to Sunrise Solartech Co., Ltd (brak słowa „CHANGZHOU”). Ponadto na Deklaracji jako adres producenta podano: No 65-22XingangRoad, Zhonglou Development Zone, Changzhou, podczas gdy adres Sunrise Solartech Co.,Ltd to: No.20 Tongzi River West Road, Zhonglou Development Zone, Changzhou 213023 Jiangsu, Chiny. Zatem nie zgadza się ani brzmienie firmy, ani adres. Jest więc wysoce wątpliwe, aby ww. Deklaracja faktycznie pochodziła od producenta modułu PV SR- M660300(PERC), czyli Sunrise Solartech Co. Ltd. Nie sposób jednocześnie przyjąć, zdaniem Odwołującego, że wykonawca HYMON załączając ww. Deklarację do oferty nie zdawał sobie sprawy z powyższych kwestii i nie dostrzegał różnic w brzmieniu firmy i w adresie. Niemniej jednak wykonawca HYMON posłużył się ww. Deklaracją na poparcie swojego oświadczenia co do bezwzględnej wartości temperaturowego współczynnika mocy, przez co chciał wprowadzić w błąd Zamawiającego i w istotny sposób wpłynąć na decyzję Zamawiającego co do liczby punktów przyznanych ofercie wykonawcy HYMON w kryterium „Zastosowanie modułów PV o lepszym temperaturowym współczynniku mocy”. Konieczne jest zatem wykluczenie wykonawcy HYMON z postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że z Deklaracji zamieszczonej na str. 25-26 oferty wynika, iż wykonawca HYMON zaoferował Zamawiającemu moduł PV SR- M660300(PERC) produkowany przez Sunrise Solartech Co. Ltd.

Tymczasem, moduł PV SR-M660300(PERC), produkowany przez Sunrise Solartech Co. Ltd. jest modułem produkowanym seryjnie, powszechnie dostępnym, czyli produktem gotowym, tzw. z półki. Jeżeli wykonawca HYMON zacznie teraz twierdzić, że zaoferował Zamawiającemu zmodyfikowaną wersję modułu PV SR- M660300(PERC), tj. posiadającą takie właśnie parametry, jakie wykonawca HYMON zadeklarował w ofercie, a nie parametry „standardowe”, to twierdzenie to trzeba będzie oceniać jako kompletnie niewiarygodne i stanowiące oczywistą próbę ratowania oferty. W ofercie wykonawcy HYMON w żaden sposób nie zaznaczono bowiem, że wykonawca oferuje zmodyfikowaną wersję modułu PV SR-M660300(PERC). Skoro tak, to trzeba przyjąć, że wykonawca HYMON zaoferował produkt standardowy, o standardowych właściwościach i parametrach. Jeżeli wykonawca HYMON faktycznie chciał zaoferować Zamawiającemu produkt zmodyfikowany, to powinien to wyraźnie zaznaczyć w swojej ofercie. Powyższe wynika z utrwalonego już orzecznictwa KIO – Odwołujący przywołał i częściowo zacytował wyroki KIO z dnia 27.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1513/11 oraz z dnia 3.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1493/13.

Także o przedstawieniu przez wykonawcę HYMON informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, świadczyć może również zaoferowanie Zamawiającemu nieistniejącego modelu falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ. Odwołujący podnosi, że zasadnicze zastrzeżenia i wątpliwości budzi również karta katalogowa falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczonego jako HNS3000TL-1-RZ, zamieszczona na str. 31 oferty wykonawcy HYMON. Niektóre parametry zostały tam podane dwukrotnie (powtórzone) jak np. ochrona antywypowa, niektóre w ogóle nie powinny być podane dla urządzenia jakim jest falownik fotowoltaiczny, jak np. parametr „*Stopień zanieczyszczenia*” czy „*Ochrona przed promieniowaniem UV*” Wszystko to każe bardzo poważnie wątpić, czy ww. karta katalogowa faktycznie pochodzi od producenta, którym ma być Afore New Energy Technology (Shanghai) Co., Ltd. Ponadto o przedstawieniu przez wykonawcę HYMON informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, świadczyć może również to, że zgodnie z informacjami otrzymanymi od producenta model falownika fotowoltaicznego (inwertera) oznaczony jako HNS3000TL-1-RZ jest dokładnie taki sam (identyczny) jak model HNS3000TL-1. Tymczasem model falownika fotowoltaicznego (inwertera) HNS3000TL-1 nie spełnia deklarowanych przez wykonawcę HYMON parametrów podlegających punktacji w ramach Kryteriów technicznych K_T , tj.:

a) „*Zastosowanie falowników PV o wysokiej sprawności maksymalnej*” - wykonawca HYMON zadeklarował, że sprawność maksymalna zaoferowanego falownika to 98,0%, natomiast wg katalogu produktów, zamieszczonego na stronie internetowej producenta oraz jego polskiego dystrybutora, sprawność ta wynosi 97,7% - co jest daną nieprawdziwą;

b) „Zastosowanie falownika o niskim poziomie hałasu” - wykonawca HYMON zadeklarował, że poziom hałasu zaoferowanego falownika to <20 dB - co jest daną nieprawdziwą:

c) waga falownika wynosi 12 kg, a nie 17 kg jak w złożonej karcie katalogowej w ofercie;

- zakres temperatur wynosi -20°C - +55°C a nie -25°C - +60°C jak w złożonej karcie katalogowej w ofercie.

W świetle powyższego także w zakresie ww. szczegółowych kryteriów technicznych wykonawca HYMON, w ocenie Odwołującego, przedstawił Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, chcąc najwyraźniej doprowadzić do otrzymania większej liczby punktów niż faktycznie należąca jego ofercie.

Odwołujący przypomniał domniemanie graniczące z pewnością, iż HYMON podał nieprawdziwe informacje co do zatrudnienia osób dedykowanych do realizacji tego zamówienia, jakoby z minimalnym wynagrodzeniem. Jak i podobnie co do zatrudnienia kierownika po pierwsze na podstawie umowy przedwstępnej, po drugie za wskazane wynagrodzenie. Odwołujący wnosi o zobowiązanie HYMON przez Izbę do wskazania danych osobowych i adresów dla tych osób, po drugie o wezwanie ich na rozprawę oraz przesłuchanie w charakterze świadków, a także o zobowiązanie HYMON do przekazania dokumentów ubezpieczenia ZUS dla tych osób z okresu sprzed terminu składania ofert.

Odwołujący wskazuje, że do wyjaśnień z dnia 21.05.2018r., HYMON co prawda załączył certyfikat wydany przez TÜV Nord CERT GmbH o nr 44 780 17 406749-059 wraz z aneksem nr 1 i 2 z którego wynika, że oferowany panel PV Sunrise typ SRM660300 posiada certyfikat zgodności z normami:

- PN-EN 61730:2007 lub równoważnej,
- PN-EN 61215:2005 lub równoważnej, z

termin ważności do 4.06.2018 r.

Nie potwierdza on jednak posiadania wymaganego certyfikatu na zgodność z normą IEC 62804.

Powyższe potwierdza również oświadczenie firmy Sunrise jakie złożył w dniu 8.06.2018r. HYMON w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.05.2018 r.

Z oświadczenia tego podpisanego przez Andy Huang (president/CEO) z datą 2.06.2018r. wynika, że moduł SRM660300 jest obecnie w ostatniej fazie procesu pełnej certyfikacji zgodnie z normą PN-EN 61730:2007, PN-EN61215:2005, IEC62804 (lub równoważną) i zgodnie z planem zakończenie certyfikacji przewidziane jest na koniec maja 2018 r. (abstrahując od tego, że Zamawiający nie weryfikował tej daty z datą wystawienia - 2.06.2018 r.).

Ponadto, Odwołujący zauważa, że definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej

osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odwołujący przedstawił również wykładnię art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz przywołał i zacytował orzeczenie KIO z dnia 02.03.2018r., sygn. akt KIO 297/18. W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sytuacji spełniły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 16 lub 17 Pzp. Wykonawca HYMON podał trzy niezależne, nieprawdziwe informacje które przesądziły o wyborze oferty najkorzystniejszej, zatem nie można uznać, że wystąpiły okoliczności łagodzące, ponieważ wprowadzenie w błąd faktyczne nie nastąpiło. Każda z tych informacji ma zarówno potencjalny jak i faktyczny wpływ na wynik Postępowania. Zatem, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Wreszcie zauważania wymaga, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny bez wątplenia mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, jako że na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania realności zaoferowanej ceny przy pomocy stosownych dowodów. Złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji może skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że doszło do wykazania rzetelności kalkulacji dokonanej, co ostatecznie w tej sprawie miało miejsce. Zatem i z tego powodu na uwzględnienie zasługuje także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia HYMON z postępowania z uwagi na złożenie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego lub wręcz nieprawdziwych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, w trakcie rozprawy wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca HYMON ENERGY Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez HYMON ENERGY Sp. z o.o. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dowody i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia pkt. 3 Zakres zamówienia. Zamawiający ustalił „W ramach realizacji zamówienia do obowiązków wykonawcy należy w szczególności:

- a) dokonanie wizji lokalnej obiektu, w celu zapoznania się z indywidualnymi warunkami panującymi na każdym z obiektów – w ramach opracowywania dokumentacji wykonawczej;
- b) przygotowanie dokumentacji wykonawczej dla każdego z obiektów i przedstawienie jej Zamawiającemu do akceptacji przed rozpoczęciem prac – warunek rozpoczęcia prac na obiektach,
- c) dostawa nowych urządzeń i komponentów składających się na kompletną instalację fotowoltaiczną;

- d) wykonanie prac montażowych oraz wykonanie instalacji odgromowej do ochrony instalacji fotowoltaicznej;
- e) przyłączenie instalacji do sieci wewnętrznej obiektu i jej testowe uruchomienie;
- f) wykonanie testów i pomiarów instalacji - przed zgłoszeniem gotowości do odbioru – warunek odbioru;
- g) przeprowadzenie instruktażu (potwierdzonego protokołem podpisanym przez użytkownika) oddzielnie dla użytkownika każdej instalacji fotowoltaicznej w zakresie obsługi, postępowania w sytuacjach awaryjnych, konfiguracji systemu monitoringu na urządzeniach stacjonarnych i mobilnych – przed zgłoszeniem do odbioru – warunek odbioru;
- h) przekazanie protokolarne instalacji wraz z odbiorem;
- i) przedłożenie polisy ubezpieczeniowej - przed zgłoszeniem do odbioru końcowego Umowy – warunek odbioru;
- j) sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu kompleksowej dokumentacji powykonawczej (w tym dokumentacji prac zanikających), - przed zgłoszeniem gotowości do odbioru – warunek odbioru;
- k) przygotowanie kompletnej dokumentacji zgłoszeniowej do Operatora Systemu Dystrybucyjnego - przed zgłoszeniem gotowości do odbioru – warunek odbioru;
- l) przygotowanie raportu dla Stowarzyszenia Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego - przed zgłoszeniem do odbioru końcowego Umowy – warunek odbioru.
- m) realizacja obowiązków wynikających z gwarancji i rękojmi w okresie wskazanym w Umowie;

W pkt 4 ww. załącznika Zamawiający określił *Minimalne wymagania dla komponentów instalacji PV*, w tym: *Zastosowane moduły fotowoltaiczne muszą być zgodne z wymaganiami przedstawionymi w tabeli 2 Wymagania stawiane modułom fotowoltaicznym*, a minimalne wymagania stawiane falownikom przedstawia tabela 3.

W pkt 6 ww. załącznika dokumentacja wykonawcza, Zamawiający zawarł następujące postanowienie „Dokumentacja wykonawcza musi składać się z części rysunkowej, opisowej oraz zawierać minimum: (...) l) Karty katalogowe urządzeń w szczególności wskazanych w rozdziale 4. Minimalne wymagania dla komponentów instalacji PV”.

Ponadto, zgodnie z tym punktem Zamawiający zobowiązany jest do zgłoszenia uwag lub zatwierdzenia dokumentacji w terminie nie przekraczającym 7 dni od dnia ich protokolarnego przekazania przez Wykonawcę. Bez zatwierdzenia dokumentacji wykonawczej (dotyczy każdej z instalacji oddzielnie) Wykonawca nie może rozpocząć prac montażowych.

Rozdział XV SIWZ „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, zawiera w pkt 2

Kryteria techniczne K_T- waga 40%, Tabelę przedstawiającą nazwę kryterium, system punktowania oraz weryfikację. Weryfikacja danych odbywać się miała na podstawie Karty katalogowej lub oświadczenia producenta, które należało dostarczyć z ofertą. Tylko w przypadku kryterium - Zastosowanie modułów PV, których producent posiada certyfikat potwierdzający uiszczenie opłaty recyklingowej, np. PV CYCLE, weryfikacja miała zastępować na podstawie certyfikatu lub innego dokumentu potwierdzającego uiszczenie opłaty, który należało dostarczyć z ofertą.

W rozdziale XIV Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej – Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia (...)

3. Cena za realizację zamówienia musi obejmować całość prac (dostaw, usług, robót budowlanych) określonych w SIWZ i jego załącznikach tj. musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia.
4. Cena oferty musi być podana w PLN cyfrowo i słownie. Cenę ofertową, na podstawie której dokonany zostanie wybór najkorzystniejszej oferty – zgodnie z założonym kryterium oceny ofert – stanowi całkowite wynagrodzenie Wykonawcy jakie może on uzyskać z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia, przy czym obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 Kodeksu cywilnego.
5. Cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, w tym przykładowo:
 - 1) koszty ogólne, koszty zakupu materiałów, zysku i inne,
 - 2) koszty projektowanej instalacji
 - 3) ochrony obiektu,
 - 4) oznakowania, zabezpieczenia i oświetlenia miejsc niebezpiecznych, kolizyjnych itp.,
 - 5) montażu, demontażu i koszty czasu użytkowania niezbędnych rusztowań,
 - 6) odbiorów technicznych dokonywanych przez użytkowników,
 - 7) dokumentacji powykonawczej,
 - 8) wymaganych badań,
 - 9) likwidacji zaplecza, uporządkowania placu budowy, doprowadzenia do stanu pierwotnego z wyrównaniem wszystkich ewentualnych szkód związanych z realizacją inwestycji,
 - 10) koszty ubezpieczeń na czas realizacji przedmiotu umowy,
 - 11) w okresie gwarancji wszelkie przeglądy, naprawy, przeglądy gwarancyjne, dojazdu w miejscu użytkowania instalacji wykorzystujących odnawialne źródła energii.

W toku postępowania Zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające z firmą HYMON ENERGY Sp. z o.o., zarówno odnośnie ceny oferty jak i jej treści, i tak:

1. w dniu 15 maja 2018 r. wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów odnośnie ceny, która wydawała się Zamawiającemu rażąco niska i budziła jego wątpliwości, tym samym pismem Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał tegoż wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy oferta została przygotowana w oparciu o zastosowanie rozwiązań technicznych spełniające wymagane w Formularzu ofertowym parametry techniczne, oraz o potwierdzenie czy wykonawca wyceniając ofertę dokonał szczegółowej analizy SIWZ oraz OPZ i czy oferta zawiera rozwiązania techniczne gwarantujące spełnienie wymaganych minimalnych parametrów technicznych komponentów,
2. w dniu 21 maja 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia (I wyjaśnienia),
3. w dniu 29 maja 2018 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp,
4. w dniu 6 czerwca 2018 r. wykonawca złożył dwoma odrębnymi pismami wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 oraz Pzp art. 87 ust. 1 Pzp (II wyjaśnienia),
5. w dniu 12 czerwca 2018 r. Zamawiający ponownie zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp,
6. w dniu 15 czerwca 2018 r. Przystępujący złożył dwoma odrębnymi pismami wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 oraz Pzp art. 87 ust. 1 Pzp (III wyjaśnienia).

Ponadto Przystępujący pismem z dnia 8 czerwca 2018 r. wnosił do Zamawiającego o poprawienie omyłki pisarskiej w złożonych uzupełnieniach z dnia 6 czerwca 2018r. poprzez poprawienie nazewnictwa inwertera z Afore BNT003KTL-1 (3 fazy, 1MPPT) na HNS3000TL-1-RZ w całości przesłanych dokumentów, zgodnie z przesłaną kartą katalogową do uzupełnień.

W dniu 23 lipca 2018 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zważyła

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż podniesiony w treści odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezasadne uznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia wykonawcy HYMON ENERGY Sp. z o.o. są wystarczające do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco

niskiej ceny, zasługuje na uwzględnienie. Natomiast pozostałe zarzuty, w ocenie Izby na uwzględnienie nie zasługiwały.

Odnosnie ciężaru dowodu w przypadku zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, Izba stwierdza, że art. 190 ust. 1a Pzp modyfikuje ogólną zasadę rozkładu ciężaru dowodu i stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Kolejna kwestia to domniemanie rażąco niskiej ceny. Konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 Pzp, w ocenie składu orzekającego pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy, co obecnie wynika wprost z art. 90 ust. 2. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO. Jak stwierdził, z kolei sąd okręgowy, wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę (tak SO w Częstochowie w wyr. z 1.4.2005 r., VI Ca 464/05, niepubl.).

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż niewątpliwie Pzp wprowadza obowiązek ustawowy wykazania przez wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień, realności zaoferowanej ceny i tego, że nie nosi ona znamion rażąco niskiej. Ciężar dowodu w tym zakresie, zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak i w postępowaniu odwoławczym, stosownie do wyżej przywołanych przepisów, spoczywa na wykonawcy wezwanym do wyjaśnień zaoferowanej ceny - w niniejszej sprawie Przystępującym. W tym miejscu należy wyjaśnić, iż to nie odwołujący ma wykazywać, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska lecz odwrotnie to oferent musi wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 marca 2017 w sprawie o sygn. akt XXIII Ga 967/16). W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął temu obowiązkowi.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają

się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przepis ten daje Zamawiającemu możliwość żądania ww. wyjaśnień pomimo, że nie zostały wypełnione przesłanki z art. 90 ust. 1a Pzp. Obowiązek odrzucenia oferty materializuje się gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów, Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp może być bowiem czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W ocenie Izby ww. wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny.

Badając prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień, Izba mogła za podstawę tego badania przyjąć wyłącznie treść wyjaśnień udzielonych pismem z 21 maja 2018 r. w odpowiedzi na wezwanie z dn. 15 maja br. skierowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. To wezwanie z 15 maja 2018 r. wszczęło bowiem procedurę, w której wykonawca obciążony został obowiązkiem wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, a złożenie wyjaśnień niepotwierdzających takiej prawidłowości skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty, bez udzielania wykonawcy kolejnych możliwości złożenia bardziej szczegółowych, czy też lepiej udokumentowanych wyjaśnień. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony m.in. w wyroku o sygn. akt KIO 2025/14, że ponowienie wezwania nie może stanowić „ratowania” oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający trzykrotnie wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przystępujący, poza podniesieniem, że oferta nie wypełnia przesłanek z art. 90 ust. 1a Pzp, oraz wskazaniem, że Zamawiający nie ma podstaw do wezwania go do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, ponieważ jego oferta jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert 23,02%, a od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia jest niższa o 19,20% (II wyjaśnienia), nie kwestionował tych wezwań. Zamawiający, w sytuacji występującej w niniejszym postępowaniu, faktycznie nie miał obowiązku wystąpienia o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednakże w związku z tym, iż zaoferowana cena wydawała mu się rażąco niska i budziła jego wątpliwości co do realnej możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ, co podkreślał w wezwaniach, podjął decyzję o wezwaniu wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp. Złożone wyjaśnienia nie czynią zadość obowiązkowi wykonawcy w tym zakresie. Wobec treści złożonych wyjaśnień, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że złożone wyjaśnienia były wyczerpujące. Zamawiający nie mógł w sposób nieuzasadniony prowadzić procedury z wykonawcą poprzez wielokrotne wzywanie do wyjaśnień, w szczególności, gdy wykonawca składał wyjaśnienia niepełne i niekompletne. Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego, który nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba, zauważa, że okoliczności powołane w piśmie procesowym z dnia 16 sierpnia 2018r. i załączone do niego dowody w postaci dwóch zanonimizowanych umów o pracę, gdy w wyjaśnieniach Przystępujący powołuje liczbę 26 instalatorów (w tym jedna zawarta w dniu 25 maja 2018 r. tj. już po I wyjaśnieniach dot. rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego) nie mogą zostać uznane za dowodzące prawidłowości ceny - przedstawienie bowiem wszelkich okoliczności i dowodów musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, tj. w piśmie z 21 maja br., a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Późniejsza próba dowodzenia prawidłowości ceny z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w tych wyjaśnieniach, jest spóźniona.

Odnosząc się zatem do wyjaśnień z 21 maja br. stwierdzić należy, że stanowią one w większości zbiór gołosłownych zapewnień wykonawcy co do prawidłowości ceny, a wskazany w nich w sposób ogólny okoliczności mające wpłynąć na obniżenie ceny w większości nie zostały poparte żadnymi dowodami. Wykonawca, wskazał, że na cenę oferty składają się koszty materiału, robocizny oraz pracy sprzętu i podał zestawienie ilościowe per 1 instalacja składowych ceny. Jednakże nie przedstawił cen tych składowych, ani żadnej

kalkulacji zaoferowanej ceny. Do wyjaśnień załączył jako dowody m.in. oferty na dostawy kilku komponentów bez wyjaśnienia ich korelacji z przedstawionym zestawieniem ilościowym. Jak zresztą, słusznie, zauważył i ocenił Zamawiający (w piśmie z dn. 29 maja br.) przedłożone dowody są na tyle obszerne i zawierają różne nazwy, symbole, ceny, że Zamawiający nie może jednoznacznie wywnioskować czego te elementy dotyczą. W związku z tym, uznać należy, że wykonawca nie przedstawił żadnych informacji w zakresie przyjętej przez niego struktury ceny i elementów mających wpływ na jej wysokość, chociażby w rozbiciu na materiały, robociznę, sprzęt, pozostałe koszty, koszty pośrednie i marżę.

Natomiast na potwierdzenie wyliczeń przyjętych kosztów pracowniczych, wykonawca, nie przedstawił żadnych dowodów np. zanonimizowanych kopii umów (przedstawił je dopiero, w sposób szczątkowy, w postępowaniu odwoławczym co, jak już wskazano powyżej, należy uznać za spóźnione). Jednocześnie, zauważyć należy, że brak wśród tych osób osoby pełniącej funkcję kierownika kontraktu oraz jej wynagrodzenia. Dopiero w kolejnych wyjaśnieniach wykonawca podnosił, że taką osobę zatrudni. Również ten element świadczy o braku rzetelności w przedkładanych wyjaśnieniach.

Także wpływ, w rozumieniu możliwości obniżenia kosztów, na zaoferowaną cenę, pozostałych elementów wymienionych w wyjaśnieniach np. posiadania własnych ekip montażowych i w pełni wyposażonych samochodów, bliskiej odległości pomiędzy przedmiotem zamówienia a siedzibą firmy wykonawcy, posiadanie własnego sprzętu oraz systemu montażowego dostosowanego do każdego rodzaju pokrycia dachowego czy też gruntu, nie został wyjaśniony – zgodzić się należy z Odwołującym że wyjaśnienia w tym zakresie pozostają gołosłowne.

Wykonawca wyjaśniając cenę nie odniósł się również do elementów ceny, które zgodnie z rozdziałem XIV pkt 5 SIWZ powinien był ująć w cenie oferty.

Izba, zauważyła również, że niektórych z pozostałych elementów wyjaśnień ceny nie można uznać za szczególne okoliczności istniejące po stronie Przystępującego i pozwalające obniżyć mu cenę względem innych wykonawców. Nie jest bowiem cechą właściwą wyłącznie Przystępującemu, rozpoznanie rynku dostępnych rozwiązań, czy też szczegółowa analiza dokumentacji w postaci audytów udostępnionych wszystkim wykonawcom przez Zamawiającego, takie działania są podejmowane przez każdego profesjonalnego uczestnika rynku zamierzającego ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, Izba stwierdza, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące ceny były ogólne, niewystarczające i w znacznym zakresie niepoparte żadnymi dowodami, a zatem wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co z kolei prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4

Pzp w zw. z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybranie jej jako najkorzystniejszej.

Wobec potwierdzenia zarzutu dot. odrzucenia oferty, KIO uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej przez tego wykonawcę jako najkorzystniejszej stanowiła naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy PZP, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym, że naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie - stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp - podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

Odnośnie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO

pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem, że przeciwnik przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z SIWZ, i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Rolą Odwołującego było wykazać, że informacje i dokumenty, przedłożone przez Przystępującego wraz z ofertą lub w toku postępowania zawierają nieprawdziwe dane, lub stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SWIZ. W ocenie Izby Odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał.

Izba stwierdziła, że zarzuty dot. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie zostały udowodnione.

W ocenie Izby, nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ twierdzenie Odwołującego, stanowiące jedną z podstaw pozostałych zarzutów, o tym, że oferowany produkt nie może być prototypem lub produktem jeszcze nie certyfikowanym. W SIWZ brak jest takiego zastrzeżenia. Zamawiający na potwierdzenie ocenianych parametrów zasadniczo żądał tylko i wyłącznie kart katalogowych lub oświadczeń producenta (por. rozdział XV SIWZ). Zamawiający wbrew twierdzeniom Odwołującego nie żądał również aby oferowane produkty na dzień składania ofert posiadały wymagane certyfikaty (np. moduły fotowoltaiczne w zakresie norm: PN-EN 61730:2007 (lub równoważna), PN-EN 61215:2005 (lub równoważna), IEC 62804 (jako równoważne spełnienie wymogu Zamawiający uzna przedstawienie protokołów z badań odporności na PID* wykonanych przez akredytowane laboratorium). Zgodnie z SIWZ oferowane moduły, powinny spełniać wymagania odnośnie certyfikacji, przeprowadzenia badań lub deklaracji zgodności na moment ich zastosowania oraz przygotowywania dokumentacji wykonawczej i powykonawczej. Podobnie falowniki fotowoltaiczne.

Odwołujący, ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie wskazał podstawy formalnej wg której wykonawca nie mógł zaoferować prototypu oraz zobowiązany był posiadać certyfikaty, protokoły z badań czy też deklaracje zgodności na dzień składania ofert, odnosząc się ogólnie do SIWZ i do opisu przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający

wskazywał z jakimi normami mają być zgodnie oferowane produkty, czy też jakie certyfikaty/raporty z badań/deklaracje zgodności mają posiadać. Jak natomiast podniósł Zamawiający, ze względu na szybki rozwój technologii w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, nieuzasadnione było, żądanie takich dokumentów już na etapie składania ofert.

W tym miejscu należy wskazać, iż Izba na podstawie przepisu art. 192 ust. 7 Pzp, uprawniona jest do wydania rozstrzygnięcia (orzekania) tylko w granicach podniesionych zarzutów. Dokonywana kontrola poprawności działania Zamawiającego, w ramach środków ochrony prawnej ma miejsce w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania i dotyczy ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp wyznacza treść odwołania tj. kwestionowana w nim czynność a przede wszystkim podniesione przez Odwołującego zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Określone w tym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania ale winna również wskazywać na okoliczności faktyczne zawarte w dalszej jego treści. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, wskazuje się na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza ich treść (tak np. w Wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności zamawiającego, które kwestionuje odwołujący." (vide: wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 roku, sygn. akt KIO 1317/18). Brak określenia w odwołaniu postanowień SIWZ (dot. niedopuszczenia w postępowaniu oferowania prototypów oraz konieczności posiadania wymaganych certyfikatów/badań/deklaracji zgodności na dzień składania ofert) z których Odwołujący wywodzi zarzut niezgodności oferty z treścią tejże SIWZ, prowadzenia nieuprawnionych negocjacji czy też przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, stanowi o wadliwej konstrukcji zarzutu, która nie mogła być uzupełniona, a prowadzi do nieuwzględnienia zarzutu (tak odnośnie modułu fotowoltaicznego jak i falownika fotowoltaicznego, w zakresie

wymagania certyfikatów lub protokołów z badań ewentualnie deklaracji zgodności na dzień składania ofert).

Niemniej jednak, ze względu na uznanie przez Izbę, że w SIWZ brak było wymagań co do posiadania certyfikatów/badań/deklaracji zgodności przez oferowane moduły fotowoltaiczne i falowniki fotowoltaiczne na dzień składania ofert, za niezasadne należało uznać zarzuty podnoszone w tym zakresie przez Odwołującego.

Izba zauważa, jednak że w związku z powstałymi wątpliwościami co do możliwości stosowania certyfikatów, raportów z badań czy też deklaracji zgodności wystawionych dla innych modeli niż oferowane jako potwierdzających okoliczności właściwe dla nich, stwierdza, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy konieczne byłoby w tym zakresie uzyskanie przez Zamawiającego dalszych wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp, jednakże ze względu na stwierdzenie istniejącej podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, Izba odstąpiła od nakazania przeprowadzenia takiej procedury wyjaśniającej jako bezcelowej.

Przystępujący w ofercie i potem w składanych na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnieniach konsekwentnie twierdził, że zaoferował Zamawiającemu falownik fotowoltaiczny HNS3000TL-1-RZ produkcji firmy Afore New Energy Technology (Shanghai) Co. Ltd. oraz moduł fotowoltaiczny (moduł PV) SR-M660300(PERC) firmy Sunrise Solartech Co. Ltd. Ponadto Przystępujący przedstawiał Zamawiającemu, w toku postępowania zarówno dokumenty dotyczące zaoferowanych produktów jak i ich nie dotyczące, jednakże z tego faktu, w ocenie Izby nie można wywieść, że oferowany moduł fotowoltaiczny jak i falownik fotowoltaiczny nie odpowiada treści SIWZ.

Podobnie, zbyt daleko idącym wnioskiem jest wniosek Odwołującego, że Przystępujący w rzeczywistości zaoferował model falownika fotowoltaicznego oznaczony jako HNS3000TL-1, zamiast nieistniejącego HNS3000TL-1-RZ i budowanie w oparciu o to twierdzenie zarzutu np. niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Powyższe stoi w sprzeczności z oświadczeniami producenta przedstawianymi przez Przystępującego zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i postępowania odwoławczego. Odwołujący oparł swoje twierdzenie na e-mailu z dn. 22 maja br. od p. C. K., która stwierdziła, że model „HNS3000TL-1-RZ jest dokładnie taki sam jak HNS3000TL-1, jak ten który przedstawiłam Tobie” oraz na podobieństwie oznaczeń modeli. W oparciu o te informacje, Odwołujący przyjął, że Przystępujący zaoferował model HNS3000TL-1 niespełniający parametrów wymaganych w Załączniku nr 3 do SIWZ, odnośnie zakresu temperatury pracy, maksymalnej sprawności zaoferowanego falownika oraz poziomu hałasu (zgodnie z katalogiem produktów, zamieszczonym na stronie internetowej producenta oraz jego polskiego dystrybutora). Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący przedstawił kartę katalogową, wraz z instrukcją obsługi urządzenia oraz sprawozdaniem z badań Nr 15/LAB-

6/2018 r. przeprowadzonym przez Politechnikę Gdańską – wszystkie dokumenty dotyczyły modelu HNS3000TL-1.

Jednocześnie Przystępujący przedstawił oświadczenie firmy Afore, stwierdzające, że:

- 1) p. C. K. nie była upoważniona do odpowiedzi, nie była odpowiedzialna za polski rynek ani nie posiadała wiedzy na temat projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF- projekt parasolowy”,
- 2) Wszystkie parametry falownika HSN3000TL-1-RZ zostały potwierdzone z Afore New Technology Shanghai, a certyfikacja (PN-EN 50438, EMC oraz LVD) jest obowiązującą dla falownika HSN3000TL-1-RZ.

Ponadto Przystępujący przedstawił kolejne oświadczenie firmy Afore, podpisane przez p. C. D., President of sales department, w którym Afore oficjalnie oświadczyło, że falownik HNS3000TL-1-RZ jest przystosowany dla w/w projektu i charakteryzuje się następującymi parametrami: (wskazując parametry zgodne z wcześniejszymi dokumentami przedstawionymi przez Przystępującego i spełniające wymagania SIWZ). Ponadto w treści tego oświadczenia zawarto, informację, że „przystosowanie przedmiotowych parametrów tj. sprawność, poziom hałasu, zakres temperatur wynika z możliwości technologicznych Afore New Energy Technology, w związku z czym deklarujemy, że falownik HNS3000TL-1-RZ spełnia wymogi przetargu oraz norm (PN-EN 50438, EMC 2014/30/UE, LVD 2014/35/UE). W trakcie rozprawy w dniu 27 sierpnia br. Przystępujący przedstawił List Przewodni firmy Afore, w którym, z związku z badaniami (raport nr 18082333SHA-001, oraz nr XC028-18205) oświadczone, że inwerter PV (falownik fotowoltaiczny) HNS3000TL-1 spełnia wymogi projektu w zakresie maksymalnej sprawności oraz poziomu generowanego hałasu. Wskazano również, że zmiany rozwojowe w urządzeniu HNS3000TL-1 zostały wykonane w oparciu o wymagania projektu „Wsparcie rozwoju OZE na terenie ROF”, po opracowaniu inwertera oznaczonego HNS3000TL-1-RZ, który spełniał wymagane parametry, zdecydowano się wprowadzić wynikające z tego opracowania zmiany także do seryjnego modelu HNS3000TL-1. Następnie stwierdzono, że wspomniane wyżej testy potwierdzają, że produkt, który początkowo został opracowany na zapytanie klienta, został wprowadzony do seryjnej produkcji i również on spełnia wymogi projektu.

Wobec powyższych oświadczeń i stanowisk producenta przedstawionych przez Przystępującego nie sposób uznać, że tezy postawione przez Odwołującego, zostały udowodnione. Producent, zakwestionował informację p. C. K. o tożsamości modelu HNS3000TL-1 oraz HNS3000TL-1-RZ, podkreślając, że model HNS3000TL-1-RZ został opracowany na potrzeby spełnienia wymagań niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia i takowe spełnia, co więcej wprowadził wynikające z tego opracowania zmiany także do seryjnego modelu HNS3000TL-1. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła że

Odwołujący nie udowodnił, iż oba modele są tożsame i uprawnione jest w stosunku do modelu HNS3000TL-1-RZ posługiwanie się dokumentami, czy też wynikami badań modelu HNS3000TL-1. Dlatego też, Izba uznała, że wszelkie dokumenty złożone przez Odwołującego jako dowody, a dot. modelu HNS3000TL-1, są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, a zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp za niepotwierdzony.

Podobnie Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący przedstawił w toku postępowania informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania, tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie potwierdził się.

Zarzut dot. przedstawienia nieprawdziwych parametrów zaoferowanego modułu fotowoltaicznego m.in. w zakresie wartości temperaturowego współczynnika mocy, czy też stopnia ochrony IP, nie potwierdził się. Odwołujący sformułował przedmiotowy zarzut w oparciu o ogólnie dostępne informacje rynkowe tj. kartę katalogową pobraną ze strony producenta oraz karty katalogowej otrzymanej od autoryzowanego sprzedawcy i dystrybutora producenta. W oparciu o te materiały Odwołujący stwierdził, że parametry wykazane w tych dokumentach różnią się od parametrów zadeklarowanych przez Przystępującego, w zakresie temperaturowego współczynnika mocy (nie wynosi on 0,39%/°C lecz 0,45%/°C) oraz stopniu ochrony puszkii przyłączeniowej modułu PV (nie IP 67 lecz IP 66). W tym zakresie Odwołujący przedstawił również oświadczenie producenta modułu firmy Sunrise Solartech Co., pozyskane przez firmę Klewenta Sp. z o.o., w którym potwierdza on, że monokrystaliczny moduł fotowoltaiczny SR-M660300 (PERC) posiada współczynnik temperaturowy równy 0,45%/°C, a minimalny stopień ochrony przyłączeniowej IP 66. Ponadto Odwołujący kwestionował pochodzenie od producenta przedłożonej wraz z ofertą przez Przystępującego Deklaracji potwierdzającej parametry oferowanego modułu na poziomie określonym przez Przystępującego, ze względu na fakt że dokument ten został sporządzony na papierze firmowym spółki o firmie CHANGZHOU SUNRISE SOLARTECH CO. LTD., podczas gdy producentem oferowanego modułu jest Sunrise Solartech Co. Ltd. Oprócz nazwy różny był także adres obu firm. Ponadto Odwołujący twierdził, że moduł PV SR-M660300 (PERC) jest modułem standardowym, więc jeśli Przystępujący zaoferował produkt zmodyfikowany to powinien wyraźnie zaznaczyć to w ofercie. Przedstawiona w tym zakresie argumentacja nie została udowodniona. Przystępujący przedstawił wraz z pismem procesowym oraz w toku rozprawy szereg oświadczeń od firmy Sunrise Solartech. W jednym z nich firma ta wyjaśniła, że właściwą nazwą firmy jest SunriseSolartech C. Ltd., a nazwa podana w kwestionowanym przez Odwołującego dokumencie jest również aktualna, a

podanie nazwy miasta obok nazwy firmy, gdzie jest ona zlokalizowana w Chinach, jest standardową regułą agencji reklamowych podczas produkcji papieru firmowego. Producent wyjaśnił również, że adres podany na ww. Deklaracji jest starym adresem firmy, gdzie była ona wcześniej zlokalizowana, a podanie go jest jego błędem. Ponadto w kolejnym oświadczeniu producent potwierdza, że parametry wskazane w jego poprzednim oświadczeniu dot. modułów oferowanych przez HYMON są spełnione przez te moduły. Ponadto producent wyjaśnił, że oświadczenie, którym posiłkuje się Odwołujący zostało wydane na zapytanie tego wykonawcy, w odniesieniu do modułów indywidualnie negocjowanych z tym podmiotem. Oświadczenie nie dotyczy modułów oferowanych przez HYMON. Producent zastrzegł również, że wszelkie jego oświadczenia kierowane do określonych podmiotów, dotyczą modułów będących przedmiotem indywidualnych negocjacji z określonymi podmiotami. Tym samym potwierdza prawidłowość wszelkich oświadczeń i zapewnień, które kierował do HYMON.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do stwierdzenia w ww. zakresie uchybień Zamawiającego odnośnie oceny oferty Przystępującego. W toku rozprawy Odwołujący zaprzeczył treści oświadczenia producenta Sunrise Solartech odnośnie prowadzenia indywidualnych negocjacji, jednakże nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu np. treści zapytania na podstawie którego zostało wydane to oświadczenie. W ocenie Izby o przedstawieniu nieprawdziwych informacji nie świadczy również fakt, że w ocenie Odwołującego deklarację dot. Parametrów oferowanego modułu złożyła inna firma niż producent – kwestię hipotetycznej zmiany nazwy oraz adresu wyjaśnił producent w swoim oświadczeniu i potwierdził, że oświadczenie to pochodziło od niego. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w znacznej mierze czerpał informacje o parametrach urządzeń oferowanych przez Przystępującego z dokumentów dostępnych w Internecie, a jak sam wskazał w swoim piśmie z dnia 5 czerwca br. „do informacji znalezionych w Internecie należy podchodzić ostrożnie i krytycznie, gdyż mogą być nieaktualne bądź nieprawdziwe”. Izba w niniejszej sprawie wzięła pod uwagę, że możliwa jest zmiana parametrów oferowanego urządzenia w toku np. udoskonalania produktu, w związku z tym zmianie mogą ulegać parametry produktów i karty katalogowe tychże. Powyższe potwierdzają chociażby wyjaśnienia Odwołującego z dn. 5 czerwca br. oraz załączone do nich oświadczenie producenta oferowanego modułu, w którym wskazuje on, że dostępna w internecie karta katalogowa zawierająca odmienne parametry od zadeklarowanych nie jest obecnie obowiązująca. Podmiot ten ten wskazuje również, że jako producent ogniw do modułów zastrzega sobie, że wszystkie wartości wskazane w tej karcie katalogowej mogą ulec zmianie bez uprzedniego powiadomienia. Wobec powyższych ustaleń, uznać należy, że Odwołujący w stosunku do Przystępującego kwestionuje praktykę, którą sam uznaje za w pełni dopuszczalną.

Odnosnie wątpliwości co do prawdziwości karty katalogowej falownika fotowoltaicznego jako pochodzącej od producenta Afore, zostały one rozwiane oświadczeniami tego producenta przywołanymi powyżej, który to potwierdził wskazane w niej parametry.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji nie zasługuje na uwzględnienie. W kontekście niniejszej sprawy nie stanowi negocjacji kwestia wynagrodzenia pracowników – wykonawca w tym zakresie przedstawiał wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Ponadto Wykonawca w ofercie, jak również w składanych wyjaśnieniach deklarował, że przedmiotem oferty jest falownik o symbolu HNS3000TL-1-RZ, nie zmieniał tej deklaracji w toku postępowania. Nie znajduje oparcia w stanie faktycznym twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący przekonał Zamawiającego prowadząc przy tym niedopuszczalne negocjacje treści oferty, że zaoferowany falownik HNS3000TL-1-RZ jest tak naprawdę falownikiem HNS3000TL-1, a więc takim który jest produkowany seryjnie i na który są wydane certyfikaty. Takie twierdzenia w trakcie postępowania wyjaśniającego nie padły, a są wynikiem jedynie wniosku Odwołującego. W ocenie Izby, niedozwolonych negocjacji nie stanowią, również, składane przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie parametrów oferowanych urządzeń. Zamawiający ma prawo pytać wykonawców o treść złożonych ofert i ją wyjaśniać trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, że wyjaśnienia Przystępującego nie prowadziły do zmiany treści złożonej oferty (cały czas oferowane były tożsame produkty, charakteryzujące się tożsamymi parametrami), które w ocenie Izby spełniały wymagania SIWZ.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Zarzuty te należy uznać w znacznej mierze za zbędne zwielokrotnienie podstaw prawnych w odniesieniu do tych samych okoliczności faktycznych.

Niezasadne było zarzucenie Zamawiającemu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie negocjacji w zakresie kwestii zmiany wynagrodzenia pracowników czy też podnoszenie tej kwestii w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdy w odniesieniu do tego zarzutu stwierdzić należy, że ułomności wyjaśnień Przystępującego w zakresie przyjętego do kalkulacji ceny wynagrodzenia pracowników, są okolicznościami uzasadniającymi uznanie tych wyjaśnień za niewystarczające, a ceny oferty za rażąco niską i jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp. Formułując zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Odwołujący zmierza do przypisania dodatkowej podstawy prawnej odrzucenia oferty/wykluczenia wykonawcy do tej samej podstawy faktycznej, co należy uznać za nieuprawnione, a w związku z tym, że Odwołujący na potwierdzenie tych okoliczności nie przedstawia, żadnych dowodów, także za nieudowodnione. Podobnie odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1

pkt 17 w kontekście oferowania produktu nieistniejącego i bez certyfikatów w zakresie falownika fotowoltaicznego HNS3000TL-1-RZ, gdy zasadniczo zarzut w tym zakresie zmierzał do wykazania konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty złożone przez Przystępującego i Odwołującego wraz z pismami oraz w toku rozprawy. Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych podczas rozprawy (raportów z badań) przez Przystępującego z uwagi na fakt, iż zostały one złożone w języku angielskim, bez tłumaczenia na język polski, a zatem niezgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.). Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu w zakresie wnioskowanego przez Odwołującego zobowiązania Przystępującego do wskazania danych osobowych i adresów osób dedykowanych do realizacji zamówienia, po drugie o wezwanie ich na rozprawę oraz przesłuchanie w charakterze świadków, a także o zobowiązanie HYMON do przekazania dokumentów ubezpieczenia ZUS dla tych osób z okresu sprzed terminu składania ofert, gdyż uznała, że wniosek ten zmierza jedynie do przedłużenia postępowania i nie ma znaczenia dla jego rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972)

Przewodniczący: